



**CATÓLICA**  
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

**Escola de Direito do Porto**

**A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS  
ENTIDADES PÚBLICAS**

*(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 11º, N.ºS 2 E 3, DO  
CÓDIGO PENAL*

**Ana Cláudia Carvalho Salgueiro**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**Porto, abril de 2014**



**CATÓLICA**  
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

**Escola de Direito do Porto**

**A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS  
ENTIDADES PÚBLICAS**

*(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 11º, NºS 2 E 3, DO  
CÓDIGO PENAL*

**Ana Cláudia Carvalho Salgueiro**

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Orientação: **Professor Doutor José Manuel Damião da Cunha**

**Porto, abril de 2014**

## **AGRADECIMENTOS**

À Universidade Católica Portuguesa – Escola de Direito do Porto, pelas excelentes condições humanas e logísticas e por me ter ajudado a reencontrar o gosto e a admiração pelo Direito e pela Justiça.

Ao meu orientador, Professor Doutor José Manuel Damião da Cunha, por toda a disponibilidade revelada ao longo deste percurso e pelo estimulante debate de ideias sobre a temática em análise.

Às Faculdades de Direito da Universidade de Coimbra, da Universidade de Lisboa e da Universidad de Santiago de Compostela, por, cada uma à sua maneira, me terem permitido crescer enquanto estudante e enquanto ser humano.

À cidade de Viseu, a minha cidade-berço, que me soube transmitir da melhor forma os valores de um beirão.

À minha amiga de Santiago de Compostela, Claudia Cid Nieto, que me permite ainda hoje manter ligações a Espanha.

Aos meus amigos de Lisboa, Joana Hilzbrich, Sara Garcia, Ricardo Fernandes e Rui Pinho, por mantermos uma grande amizade e por acompanharmos sempre atentamente as vitórias de cada um.

Aos meus amigos de Viseu, Joana Piloto e Marco Pereira, por há quase dez anos estarem sempre presentes em todas as horas.

À minha avó, Elisa da Encarnação, pela referência de vida que me passou e pelo exemplo de tenacidade e de luta.

E, finalmente, mas de todos os agradecimentos, o mais relevante e importante, aos meus pais, por serem o grande apoio, conforto e porto de abrigo que eu sempre terei, e por juntos me terem permitido subir degrau a degrau para alcançar mais e melhor. Particularizando para cada um deles, à minha mãe, Maria de Fátima, por me dar sempre aquele abraço tão cheio de significado e por me ter passado a importância da família. Ao meu pai, João Salgueiro, por me ter ensinado que com esforço, trabalho e perseverança, podemos sempre chegar mais longe, por me ter passado o gosto pelos livros e por me ter ensinado a importância de sonhar.

## ÍNDICE

Tábua de abreviaturas.....	IV
Introdução.....	5
1. A responsabilidade criminal das pessoas coletivas: uma evolução histórica.....	7
1.1. Alguns marcos internacionais.....	7
1.2. Marcos nacionais.....	8
2. O quadro legal da responsabilidade criminal das pessoas coletivas na União Europeia.....	11
3. O quadro legal da responsabilidade criminal das pessoas coletivas em Portugal – âmbito de aplicação do artigo 11º, do Código Penal.....	14
4. A exclusão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas elencadas no artigo 11º, nºs 2 e 3 do Código Penal.....	18
4.1. A disparidade entre o regime geral e os regimes especiais.....	18
4.2. A exclusão da responsabilidade criminal do Estado e das organizações internacionais de direito público.....	20
4.3. O especial caso da exclusão da responsabilidade criminal das Entidades Públicas.....	22
5. (In)Constitucionalidade do artigo 11º, nºs 2 e 3, do Código Penal e seu alcance.....	35
Conclusão.....	43
Referências bibliográficas.....	46

## **Tábua de abreviaturas**

**CP** – Código Penal

**EPE** – Entidade Pública Empresarial

**PPP** – Parcerias Público-Privadas

**RGIT** – Regime Geral das Infrações Tributárias

**SA** – Sociedade Anónima

**STJ** – Supremo Tribunal de Justiça

## **Introdução**

No atual contexto de crise internacional, muito marcado pelo elevado défice das contas públicas, pela liberalização do comércio mundial, a criação e a ampliação de grandes espaços de mercado, a globalização e o terrorismo ou a competitividade e formas mais elaboradas de criminalidade económica, afirmam-se novos paradigmas de governação e novos desafios, nomeadamente para os Estados europeus e, por consequência, para os sistemas jurídicos.

Assim, num quadro evolutivo prenhe de mutações promotoras de maior incerteza e complexidade no campo da ação governativa e do enquadramento jurídico, também em Portugal temos vindo a assistir a uma crescente tendência para a admissão da responsabilidade penal das pessoas coletivas.

Até à revisão do Código Penal – doravante CP –, levada a cabo com a Lei nº 59/2007, de 4 de setembro, o artigo 11º dispunha que só as pessoas singulares eram suscetíveis de responsabilidade criminal, salvo disposição em contrário. O legislador admitia, assim, a possibilidade de um ente coletivo ser responsabilizado criminalmente, concretizada através de legislação especial, fora do CP.

Em 2007, o CP passou a contemplar, no seu artigo 11º, a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, ficando também a estar prevista no direito penal clássico. Contudo, o legislador, no nº 2 do mesmo preceito, excecionou da responsabilidade criminal o Estado, as organizações internacionais de direito público e outras pessoas coletivas públicas.

A exceção da responsabilidade criminal das pessoas coletivas – em especial pela forma como são definidas no nº 3 do artigo 11º, do CP e pela quantidade de pessoas coletivas englobadas na exceção – suscitou-nos algumas interrogações, designadamente por não estarem satisfatoriamente justificados os motivos eminentemente político-criminais para as soluções adotadas pelo legislador.

Cumpre-nos, assim, perguntar: por que razão uma empresa pública, só pelo facto de o ser, deve ser excluída de responsabilidade criminal? Por que razão uma empresa privada, só pelo facto de beneficiar da concessão de um serviço público, deve ver excluída a sua responsabilidade criminal relativamente a qualquer atividade por si praticada? Por que razão uma empresa pública ou uma empresa concessionária de serviços públicos são excluídas de

responsabilidade criminal se, por exemplo, no âmbito da construção de uma obra, lograrem infringir regras, criando perigo para a vida ou integridade física de outrem?

Paralelamente, as empresas concorrentes às quais não seja atribuída uma concessão de serviços públicos respondem criminalmente.

Estas questões, que decorrem do problema que antes enunciámos, e do objetivo fundamental deste trabalho, que consiste em centrar a nossa análise no propósito de contribuir para aclarar a questão da exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas, mormente quanto à (in)constitucionalidade do artigo 11º, n.ºs 2 e 3 do Código Penal, constituirão referências orientadoras da abordagem que pretendemos desenvolver neste nosso trabalho.

Começaremos por fazer uma breve resenha histórica da responsabilidade criminal das pessoas coletivas, clarificando os seus fundamentos, equacionando algumas das razões dos sentidos evolutivos e apresentando o quadro normativo atual, mormente no que concerne aos critérios necessários. De seguida, faremos uma análise às pessoas coletivas excluídas da responsabilidade criminal, dando especial destaque à exclusão das entidades públicas, enunciando quem são essas pessoas coletivas públicas, ao abrigo do artigo 11º, nº 3, do CP (Lei nº 59/2007) e os problemas que essa exclusão permite equacionar.

Remataremos o nosso trabalho trazendo à colação algumas das problemáticas que a exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas tem levantado, suscitando e debatendo a (in)constitucionalidade do artigo 11º, n.ºs 2 e 3, do CP.

## 1. A responsabilidade criminal das pessoas coletivas: uma evolução histórica

### 1.1. Alguns marcos internacionais

Fazendo uma análise diacrónica do posicionamento sobre a responsabilidade das pessoas coletivas a nível internacional, constatamos a permanência de um rotativismo cíclico de opiniões a favor e contra a responsabilidade criminal.

De acordo com JOÃO CASTRO E SOUSA<sup>1</sup>, “até ao século XVIII, a aplicação de penas às pessoas coletivas foi uma prática largamente utilizada” e tribos, comunas ou cidades foram “(...) frequentemente punidas com verdadeiras sanções coletivas”<sup>2</sup>.

Com a Revolução Francesa dá-se uma mudança de paradigma e as novas concepções políticas emergentes extinguiram “as corporações e tudo aquilo que pudesse pôr em perigo a liberdade individual, fazendo com que as pessoas coletivas fossem excluídas do campo do direito criminal e que tivesse sido abandonada a solução até aí seguida. Para este desaparecimento contribuiu fortemente o facto de as pessoas coletivas terem perdido a importância e o poderio que detinham na Idade Média<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sousa, 1985, p. 23.

<sup>2</sup> Se no início se podia afirmar que o direito romano desconhecia a noção de personalidade coletiva – ainda que fossem reconhecidos direitos subjetivos ao conjunto de pessoas e existisse uma distinção clara entre os direitos e obrigações da corporação e dos seus membros –, contra os municípios, a corporação mais importante naqueles tempos, podia ser exercida a *actio de dolo malo* e, se fossem culpados, deviam responder (Bacigalupo, 1998, p. 44). Contudo, alguns autores defendem que o direito romano reconheceu a noção de personalidade coletiva, embora entendida esta como uma mera ficção do direito, sendo o ente coletivo incapaz de querer e de atuar (Carvalho, 2009, p. 47; Mendes, 1978, p. 481; Bacigalupo, 1998, p. 51; Sousa, 1985, p. 27). Dada essa natureza fictícia, no direito romano, para alguns autores, as pessoas coletivas não eram responsáveis criminalmente: *societas delinquere non potest* – expressão latina que se refere a um princípio clássico sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas. Segundo este princípio, uma pessoa coletiva não pode cometer delitos, pois carece de vontade (elemento subjetivo) que abarque o dolo nas suas atuações. Segundo INÊS GODINHO (2007, p. 103), “de acordo com este princípio, as pessoas coletivas não têm nem capacidade de ação, nem capacidade de culpa, nem sequer lhes podendo ser aplicada a pena de prisão, pelo que não podem ser responsabilizadas criminalmente”. Porém, na ótica de FIGUEIREDO DIAS (1983, pp. 50 e 51), o brocardo *societas delinquere non potest* não reveste, hoje, outro significado que não seja o da mera curiosidade histórica. Continuando o nosso sucinto percurso das soluções que foram sendo adotadas ao longo da história, referimos que, no direito germânico, assim como no direito canónico, a aceitação da responsabilidade criminal das pessoas coletivas foi uma realidade (Carvalho, 2009, p. 47; Sousa, 1985, pp. 30 e 35). No que diz respeito ao direito canónico, exceciona-se a época do papado de Inocêncio IV, por este entender que a pessoa coletiva era incapaz de poder e querer atuar e, consequentemente, de praticar infrações criminais (Sousa, 1985, p. 28). Com o advento do Iluminismo e do Direito Natural, dá-se uma redução do autoritarismo e refuta-se a capacidade delitiva da pessoa coletiva (Bacigalupo, 1998, p. 56).

<sup>3</sup> Sousa, 1985, p. 23.

No século XIX, dá-se uma nova mudança de paradigma, especialmente devido ao aumento do poderio das pessoas coletivas, por força da industrialização e volta a aparecer “o problema da necessidade de reações contra tais entes”<sup>4</sup>.

A reemergência desta temática, nos séculos XX e XXI, resulta, segundo JOSÉ TOMÉ DE CARVALHO<sup>5</sup>, de “(...) necessidades de eficácia no combate à criminalidade económica, fiscal e ambiental (...)”, mas também devido ao aparecimento de novos focos de criminalidade transnacional que levam à afirmação da pessoa coletiva como centro de imputação penal.

## 1.2. Marcos nacionais

No início da nacionalidade, a questão da admissibilidade de punição de coletividades não se colocou, devido à preponderância de uma situação de estado de autodefesa, próprio de um sistema feudal<sup>6</sup>. As Ordenações – Afonsinas, Manuelinas e Filipinas – também não contêm qualquer norma sobre a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, embora se suscite a probabilidade de a influência exercida pelo direito canónico ter determinado o costume de se aplicarem verdadeiras penas a tais entidades<sup>7</sup>.

Só no século XVIII irão surgir dados concretos no *Projeto de Código Criminal, de 1789*, de Pascoal de Melo Freire, estabelecendo, nomeadamente, que os tumultos e as sedições deveriam ser imputadas à cidade, sempre que tais crimes fossem cometidos pela totalidade ou pela maioria dos cidadãos. Mas a Revolução Francesa e os ideais individualistas e anticorporativos, também viriam a ter impacto na nossa legislação, “(...) num sentido assumidamente contrário ao estabelecimento de qualquer responsabilidade criminal que não fosse individual<sup>8</sup>, persistindo essa noção de irresponsabilidade de pessoas coletivas nos Projetos de Códigos Criminais do século XIX.

Até à década de oitenta do século XX – altura da entrada de Portugal na antiga CEE, em 1986 –, a doutrina portuguesa, fortemente influenciada pela escola germânica, continuou a entender, na sua larga maioria, que o juízo de censurabilidade ético-social era típico da pessoa humana e que nenhuma das finalidades das penas criminais poderiam ser alcançadas com a

---

<sup>4</sup> Sousa, 1985, p. 25.

<sup>5</sup> Carvalho, 2009, p. 48.

<sup>6</sup> Bravo, 2008, p. 38.

<sup>7</sup> Sousa, 1985, p. 37. Mas para JOSÉ TOMÉ DE CARVALHO (2009, p. 51), à época, não há “indício objetivo” que a questão tenha assumido “particular relevância”.

<sup>8</sup> Bravo, 2008, p. 39.

sua aplicação às pessoas coletivas. MARCELLO CAETANO<sup>9</sup> defendia que “as pessoas coletivas não podem ser agentes dum crime”. Pelo que responsabilizar uma pessoa coletiva seria iníquo, pois significaria “responsabilizar todos os seus membros, por factos que tivessem sido executados ou planeados apenas pelos seus órgãos”<sup>10</sup>. A opção vertida no Código Penal de 1982 ia de encontro à doutrina predominante, já que, no seu artigo 11º, dispunha que “salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são suscetíveis de responsabilidade criminal”.

Porém, para JOÃO CASTRO E SOUSA<sup>11</sup>, embora o Código afirmasse como regra a individualidade da responsabilidade criminal, tinha expressamente admitido a possibilidade de se abrirem exceções em casos justificados. FIGUEIREDO DIAS<sup>12</sup> chega mesmo a considerar que “a responsabilidade penal dos entes coletivos está pois consagrada entre nós, havendo razão para pensar (...) que o legislador teria tido primordialmente em vista a sua aplicação no domínio do direito penal secundário. A verdade porém é que o texto do artigo 11º não dá azo a uma tal limitação”<sup>13</sup>.

Esta aparente abertura veio a ter repercussões no direito penal secundário, passando a prever-se a responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Exemplos ilustrativos dessa nova realidade foram a publicação do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de outubro que, no seu artigo 7º, substituiu o regime das contraordenações introduzido pelo Decreto-Lei nº 232/79, de 24 de julho; o Decreto-Lei nº 187/83, de 13 de maio, que introduziu a responsabilidade criminal das pessoas coletivas e das associações sem personalidade jurídica relativamente aos crimes de contrabando e descaminho, bem como o Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro, que regula os crimes contra a economia e contra a saúde pública. Mais recentemente, a Lei nº 15/2001, de 5 de junho, que aprova o Regime Geral das Infrações Tributárias. O próprio Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 213/95, de 20 de abril, produziu jurisprudência em que

---

<sup>9</sup> Caetano, 1936-1937, p. 297. Também CAVALEIRO FERREIRA (1956-1957, p. 156 e ss.) e EDUARDO CORREIA (1968, p. 234). Na doutrina atual, este problema da culpa das pessoas coletivas já foi praticamente ultrapassado (FIGUEIREDO DIAS, 1998; FARIA COSTA, 1992; Bravo, 2008; Albuquerque, 1994).

<sup>10</sup> Vozes dissonantes na doutrina daquela época só as encontramos em António Simões de Carvalho (1937, p. 97 e ss.) e em Mário Corrêa Arez (1962, p. 503 e ss.).

<sup>11</sup> Sousa, 1985, pp. 225-226.

<sup>12</sup> Dias, 2007, p. 284.

<sup>13</sup> Já em 1984, FIGUEIREDO DIAS defendia que “(...) não parece (...) que proceda o argumento segundo o qual a punibilidade por «atuação em nome de outrem» – e portanto de quem age como titular dos órgãos de uma pessoa coletiva – tornaria dispensável, em perspectiva político-criminal, a responsabilização direta da pessoa coletiva” (Dias, 1984, p. 74).

considerava que “nada obsta a que o Estado de direito democrático (...) possa num quadro jurídico-penal bem delimitado no seu âmbito e na sua génese motivadora, alargar a responsabilidade criminal às pessoas coletivas em ordem à proteção dos bens jurídicos socialmente relevantes e cuja defesa é condição indispensável ao livre desenvolvimento da personalidade do homem”.

Houve, no entanto, que percorrer um longo caminho até que, em Portugal, fosse consagrada a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, o que viria a ocorrer com a publicação da Lei nº 59/2007, de 4 de setembro.

Esta inovação legislativa, bem como as suas inevitáveis consequências e problemáticas irão ser abordadas em capítulo próprio em fase mais adiantada deste trabalho.

## **2. O quadro legal da responsabilidade criminal das pessoas coletivas na União Europeia**

A partir de 1 de janeiro de 1986, conjuntamente com a Espanha, Portugal viria a integrar as Comunidades Europeias, culminando um período de preparação que já se arrastava desde 28 de março de 1977, altura em que Mário Soares apresentou a candidatura à então CEE e atual União Europeia. Por isso, antes de procedermos a uma análise do regime da responsabilidade criminal das pessoas coletivas em Portugal, começaremos por fazer uma contextualização das influências decorrentes da integração do nosso País na União Europeia.

De acordo com PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE<sup>14</sup>, “nenhuma das convenções celebradas no âmbito do Conselho da Europa prevê a responsabilidade criminal exclusiva das pessoas coletivas”. Analisada a Convenção ETS nº 172, sobre a proteção do ambiente através da lei penal, de 4 de setembro de 1998, no artigo 9º, prevê-se a responsabilidade “criminal ou administrativa” das pessoas coletivas. Mais recentemente, a Convenção ETS nº 196, de 3 de maio de 2005, no âmbito da prevenção do terrorismo, segue na mesma linha, prevendo no artigo 10º a responsabilidade criminal, civil ou administrativa das pessoas coletivas pelos crimes aí estabelecidos.

Confirma-se, assim que, genericamente, as convenções celebradas no âmbito do Conselho da Europa vão no sentido de estabelecer de modo alternativo a responsabilidade criminal, civil ou administrativa, “(...) tendo os respetivos trabalhos preparatórios da Comissão salientado sempre que competia aos Estados decidir de acordo com os sistemas constitucionais e penais nacionais qual dos tipos será o mais adequado”<sup>15</sup>. Acresce que, nos últimos dez anos, nenhuma das recomendações do Comité de Ministros do Conselho da Europa em matéria criminal consagra o princípio geral da responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Um exemplo significativo é-nos proporcionado pela Recomendação N.º R (96) 8, de 5 de setembro de 1996, relativa ao combate ao crime económico, que prevê a responsabilidade das pessoas coletivas em termos alternativos (criminal ou por outras medidas). Ou ainda a Recomendação Rec (2001) 11, de 19 de setembro de 2001, relativa ao

---

<sup>14</sup> Albuquerque, 2010, p. 86.

<sup>15</sup> Albuquerque, 2010, p. 87.

combate ao crime organizado, que apenas prevê a responsabilidade das pessoas coletivas, sem, no entanto, especificar a que título.

Em suma, parece que nem o direito da União Europeia, nem os textos convencionais do Conselho da Europa exprimem particular entusiasmo pela consagração do princípio da responsabilidade criminal de entes coletivos, optando por acolhê-lo em termos alternativos a outras soluções.

Contudo, o *Corpus Iuris*<sup>16</sup>, elaborado no ano 2000, contendo disposições penais para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia e que contou com a participação de grupos de especialistas dos diversos Estados-membros, sob a direção da jurista francesa Mireille Delmas-Marty<sup>17</sup> – a partir de uma solicitação do próprio Parlamento Europeu – viria a proporcionar novas leituras. Analisando o documento, podemos sustentar a relevância da responsabilidade criminal das entidades coletivas públicas, pois, como afirmam TERESA SERRA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ<sup>18</sup>, este não as exclui dessa responsabilidade. Isso mesmo é visível no artigo 14º, do *Corpus Iuris*, relativo à responsabilidade penal das pessoas coletivas, ao dispor que “são igualmente responsáveis pelas infrações (...) as pessoas coletivas que tenham personalidade jurídica, bem como aqueles que tenham a qualidade de sujeito de direito e sejam titulares de um património autónomo quando a infração foi realizada para o proveito da pessoa coletiva por um órgão, um representante ou qualquer pessoa agindo em seu nome ou que tenha um poder de decisão, de direito ou de facto”<sup>19</sup>.

Podemos, assim, afirmar que, em momento algum deste preceito há lugar a uma qualquer exceção das entidades coletivas públicas.

No entanto, de acordo com os mesmos autores<sup>20</sup>, “(...) se atentarmos nas Decisões-Quadro, adotadas após o debate que precedeu o projeto de um *Corpus Iuris* (...), verificamos que parece ter-se afirmado uma tendência diversa, no sentido da exclusão do Estado ou de outras entidades de direito público no exercício das suas prerrogativas de autoridade pública,

---

<sup>16</sup> Este grupo de trabalho foi criado em 1995, reunindo Professores de Direito Penal e de Processo Penal de oito países, sem incluir especialistas portugueses.

<sup>17</sup> Para um estudo mais aprofundado, ver DELMAS-MARTY, Mireille, e VERVAELE, John A. E., *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, 4 volumes, Intersentia, 2000.

<sup>18</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 67.

<sup>19</sup> Lima, 2007, p. 115.

<sup>20</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 67.

bem como de «organizações de direito internacional público»”. No mesmo sentido posiciona-se SUSANA AIRES DE SOUSA<sup>21</sup>, ao considerar que tem vindo a consagrar-se como um princípio fundamental em várias normas de direito comunitário a “(...) exceção da responsabilidade criminal do Estado, das pessoas coletivas atuando no exercício dos seus «poderes de soberania» (...) e organizações internacionais públicas”, suscitando como exemplo significativo o artigo 1 (d) da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho<sup>22</sup>, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil e o artigo 1 (d) da Convenção penal contra a corrupção do Conselho da Europa (1999)<sup>23</sup>.

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE<sup>24</sup>, esta opção comunitária de excecionar o Estado ou outros entes públicos da responsabilidade criminal das pessoas coletivas fica a dever-se ao exercício de poderes de soberania por parte daqueles, o que faz admitir a responsabilidade criminal das empresas públicas, quaisquer outras pessoas coletivas de direito público e das entidades concessionárias de serviços públicos, “(...) sempre que tenham agido sem prerrogativas de poder público”.

---

<sup>21</sup> Aires de Sousa, 2012, p. 9.

<sup>22</sup> “«Pessoa coletiva», qualquer entidade que beneficie desse estatuto por força do direito aplicável, com exceção do Estado ou de outras entidades de direito público no exercício das suas prerrogativas de autoridade pública e das organizações internacionais de direito público”.

<sup>23</sup> *Ipsis verbis* o previsto no artigo 1 (d) da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho.

<sup>24</sup> Albuquerque, 2006, p. 641.

### **3. O quadro legal da responsabilidade criminal das pessoas coletivas em Portugal – âmbito de aplicação do artigo 11º, do Código Penal**

Nos últimos anos, em Portugal, a doutrina começou a alterar a sua posição, relativamente à responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Como destaca FÁRIA COSTA, já no decurso do século XXI, “o grande e privilegiado centro da vida económica, deixou de ser a pessoa individual para passar a ser – e de que maneira – a empresa, a pessoa coletiva”<sup>25</sup>. Na mesma linha de raciocínio, GERMANO MARQUES DA SILVA<sup>26</sup> defende a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, primariamente, por razões pragmáticas, pois “(...) em muitos casos a responsabilização das pessoas físicas que agem funcionalmente por elas não é suficiente para realizar os fins que o direito penal se propõe, mormente os de prevenção, podendo mesmo essas entidades servir de instrumento de criminalidade a pessoas que se acobertam à sombra da sua estrutura e que, sendo responsáveis pela sua organização e os mentores da sua atividade, não assumem, porém, legalmente a sua administração, fazendo-se representar ou substituir por *testas de ferro* ou *homens de palha*”.

Importa, por isso – ainda que de forma sucinta –, esclarecer a noção de pessoa coletiva. Segundo JOÃO DE CASTRO MENDES<sup>27</sup>, pessoa coletiva é uma “(...) organização destinada à prossecução de fins ou interesses, a que a ordem jurídica atribui a suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações”<sup>28</sup>. Mais recentemente, JORGE DOS REIS BRAVO<sup>29</sup> complementa esta definição, considerando que as pessoas coletivas são “(...) entidades formalmente instituídas (...), que assumem personalidade jurídica distinta e autónoma da dos seus fundadores, administradores, sócios, associados ou representantes”, como associações, sociedades comerciais, sociedades desportivas, fundações, pessoas coletivas religiosas, cooperativas, agrupamentos complementares de empresas e agrupamentos europeus de interesse económico.

---

<sup>25</sup> Costa, 2003, p. 49. Na mesma óptica, ver Godinho, 2007, pp. 144-145.

<sup>26</sup> Silva, 2009, p. 115.

<sup>27</sup> Mendes, 1978, p. 476.

<sup>28</sup> No mesmo sentido, ver MANUEL DE ANDRADE, 1974, p. 45.

<sup>29</sup> Bravo, 2008, pp. 161-162.

Porém, a responsabilidade criminal das pessoas coletivas só viria a ser introduzida no direito penal clássico com a publicação da Lei nº 59/2007, de 4 de setembro que alterou o artigo 11º, do CP<sup>30</sup>. O nº 2 deste artigo dispõe que são responsáveis criminalmente “as pessoas coletivas e entidades equiparadas”, por um conjunto de crimes plasmados no preceito, designadamente, maus tratos, escravidão, abuso sexual de menores, burla, contrafação de moeda e associação criminosa.

A doutrina interroga-se, e, a nosso ver, bem, sobre o porquê da escolha deste elenco e da necessidade de plasmar este conjunto de crimes, tanto mais quanto parece tratar-se de uma escolha de natureza incongruente<sup>31</sup>; o porquê de serem estes crimes e não outros; e ainda o porquê de não serem incluídos alguns outros crimes, como o abuso de confiança, a frustração de créditos, o dano qualificado e o homicídio<sup>32</sup>.

Por outro lado, para que as pessoas coletivas e entidades equiparadas sejam responsabilizadas criminalmente, de acordo com o artigo 11º, nº 2, do CP, os crimes têm que ser cometidos em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança (alínea a)) ou por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem (alínea b)), o que, de acordo com JORGE DOS REIS BRAVO<sup>33</sup>, atendendo à definição de *posição de liderança* inscrita no artigo 11º, nº 4, do CP<sup>34</sup>, impossibilita a afirmação de qualquer ordem de preferência hierárquica entre as categorias de agentes individuais referidos nas alíneas a) e b) do nº 2 do artigo 11º, do CP. Assim sendo, podemos ser levados a “(...) concluir que qualquer dessas pessoas pode vincular jurídico-criminalmente o ente coletivo, em cujo nome e representação atuaram ou em violação de deveres de vigilância e controlo,

---

<sup>30</sup> A redação anterior, dada pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, dispunha que “salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são suscetíveis de responsabilidade criminal”, admitindo a título excecional, a possibilidade de um ente coletivo ser responsabilizado criminalmente através de legislação especial, já fora do Código Penal.

<sup>31</sup> Diferentemente de Portugal – que determinou na norma da parte geral todos os crimes passíveis de responsabilidade criminal por parte das pessoas coletivas –, Espanha prevê a responsabilidade criminal das pessoas coletivas diretamente na norma de cada crime, na parte especial.

<sup>32</sup> Para um maior aprofundamento do debate, ver Silva, 2008, p. 73; Teixeira, 2008, p. 73; Andrade, nº 3948, 2008, p. 146; Brito, 2010, p. 44; Brandão, 2008, pp. 42-43; Carvalho, 2009, p. 75.

<sup>33</sup> Bravo, 2008, p. 196.

<sup>34</sup> “Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade”.

permitiram a atuação de outros, gerando, assim, a responsabilidade da pessoa coletiva ou entidade equiparada”.

Na mesma linha de pensamento, FERNANDO TORRÃO<sup>35</sup> defende que a fórmula usada no artigo 11º, nº 2, alínea a), do CP permite não só “(...) abranger os chamados «administradores de facto», mas também (...) qualquer *middle managerial agent* que na complexidade da estrutura organizacional da empresa tenha poderes para exercer o controlo da sua atividade”. O mesmo autor acrescenta que “em função da descentralização de competências próprias das grandes estruturas organizacionais contemporâneas, todos aqueles que ocupem «posições de liderança» nos diversos contextos hierárquicos como que acabam por ser reconduzidos ao *cérebro* da empresa, porquanto não deixam de definir, também eles, a política organizacional coletiva”<sup>36</sup>. Relativamente à alínea b) do nº 2 do mesmo artigo, o referido autor<sup>37</sup> defende que “(...) o preceito acaba por impor (...) uma *culpa* dos dirigentes em relação aos *atos, típicos e ilícitos* dos funcionários”. Porém, para GERMANO MARQUES DA SILVA<sup>38</sup>, esta consagração legal “parece tratar-se essencialmente do modelo de responsabilidade vicarial (...)”, um modelo que “(...) consiste na imputação às pessoas coletivas dos crimes cometidos pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse coletivo” –, embora seja “(...) formalmente diverso do consagrado na generalidade da legislação especial avulsa”.

No artigo 11º, nº 2, do CP são excluídos da responsabilidade criminal o Estado, outras pessoas coletivas públicas e organizações internacionais de direito público, questões que abordaremos no ponto seguinte<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Torrão, 2011, p. 159.

<sup>36</sup> Uma posição diferenciada é-nos apresentada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, para quem a pessoa que ocupa uma posição de liderança é aquela que tem “(...) função de direção, administração ou fiscalização da atividade da pessoa coletiva ou membro de qualquer órgão de direção, administração (seja membro executivo ou não executivo) e fiscalização” (2010, p. 95).

<sup>37</sup> Torrão, 2011, p. 159.

<sup>38</sup> Silva, 2008, pp. 73-74.

<sup>39</sup> Numa análise muito sucinta de direito comparado, dados os condicionalismos que não nos permitem um maior desenvolvimento, constatamos que, na Alemanha, não se reconhece hoje – até ao século XVIII, o direito alemão afirmou a responsabilidade criminal, mudando somente nos finais deste mesmo século radicalmente de posição – a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, reservando-se qualquer punição destas para o direito de mera ordenação social. Na Holanda – com grande probabilidade, o primeiro país continental europeu a introduzir amplamente a responsabilidade criminal das pessoas coletivas no Código Penal – consagrou-se, em 1976, a responsabilidade das pessoas coletivas, sendo dado igual estatuto de pessoa coletiva à sociedade que não tem personalidade coletiva, à associação, às firmas de armadores ou à fundação. Embora se reconheça plenamente a

Cabe também referir que, nos termos do artigo 90º-A, n.º 1, do CP, pelos crimes previstos no artigo 11º, n.º 2, são aplicáveis às pessoas coletivas e entidades equiparadas as penas principais de multa ou de dissolução. Podendo, pelos mesmos crimes, segundo o n.º 2 do mesmo preceito, ser aplicadas, enquanto penas acessórias, injunção judiciária; interdição do exercício de atividade; proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades; privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos; encerramento de estabelecimento e publicidade da decisão condenatória.

---

responsabilidade criminal das pessoas coletivas, inclusive do Estado – esta responsabilidade criminal terá que derivar de uma atuação do ente coletivo fora do quadro constitucional das suas competências –, tem-se revelado uma certa relutância em se admitir que o Estado seja responsabilizado, pelo menos em termos semelhantes aos consagrados para outras entidades, optando os tribunais holandeses por condenar o Estado simbolicamente ou, no limite, declarar inadmissível a acusação contra o Estado (vide Bandeira, 2004, pp. 277-278). Em França, desde 1994 que se reconhece a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, sejam de direito privado ou de direito público, à exceção do Estado. No entanto, as coletividades territoriais e os seus agrupamentos – comunas, os departamentos, as regiões, as coletividades que tenham um estatuto particular (como Paris, Lyon, Marseille e a Córsega) e as coletividades de ultramar – não podem ser responsabilizados criminalmente por delitos cometidos no exercício de atividades que possam estar sujeitas a convenções de delegação de serviço público, excluindo, desta forma, a responsabilidade criminal quando as pessoas coletivas citadas estejam no âmbito do exercício de prerrogativas de poder público.

#### **4. A exclusão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas elencadas no artigo 11º, nº 2 e 3 do Código Penal**

O artigo 11º, nº 2 do CP exclui o Estado, bem como outras pessoas coletivas públicas e organizações internacionais de direito público, da responsabilidade criminal relativamente aos crimes identificados e os quais já tivemos oportunidade de referir no ponto anterior.

Contudo, analisando os diplomas que previam a responsabilidade criminal de entidades coletivas, à data da entrada em vigor da alteração do CP, em 2007, verificamos que nele são referidos, como destinatárias das normas penais, as pessoas coletivas e entidades equiparadas, sem no entanto se estabelecer quaisquer limitações no seu âmbito. Assim, em princípio, estavam aqui abrangidas a totalidade das pessoas coletivas públicas e privadas, sem qualquer exceção.

Segundo JORGE DOS REIS BRAVO<sup>40</sup>, houve a necessidade de reconsiderar o conceito de «interesse público» ou de uma certa ideia de «bem comum». Atendendo, especialmente, ao que vem postulado no direito comunitário, impondo-se a “(...) reelaboração, tendo em vista o que passam a ser, não as suas finalidades – que se manterão inalteradas –, mas os seus meios, através do recurso a instrumentos jurídicos privatísticos para a sua realização (do «interesse público»)”.

Impõe-se, por isso, uma abordagem sobre os principais problemas que se colocam, em consequência da exclusão da responsabilidade criminal de determinadas pessoas coletivas, em especial as Entidades Públicas.

##### **4.1. A disparidade entre o regime geral e os regimes especiais**

A par do regime geral de responsabilidade criminal das pessoas coletivas previsto no artigo 11º, do CP, mantêm-se alguns regimes especiais, como sejam: Criminalidade Antieconómica e contra a Saúde Pública (artigo 3º, do Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro); Infrações contra a Propriedade Industrial (artigo 320º, do Código da Propriedade

---

<sup>40</sup> Bravo, 2012, p. 481.

Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 36/2003, de 5 de março, que remete para o regime do Decreto-Lei nº 28/84, “(...) no que respeita à responsabilidade criminal (...) das pessoas coletivas (...), sempre que o contrário não resulte deste Código” e Regime Geral das Infrações Tributárias (artigo 7º, do RGIT).

Criou-se, assim, uma clivagem no regime da responsabilidade criminal das pessoas coletivas no âmbito do direito penal extravagante, impondo-se a necessidade de harmonização dos critérios de responsabilização divergentes entre si, distinguindo-se entre os entes coletivos que respondem nos termos do CP e os entes da mesma natureza que respondem no quadro previsto em leis extravagantes. Para JORGE DOS REIS BRAVO<sup>41</sup>, “(...) não se divisa justificação para uma abordagem diferenciada da questão consoante se esteja perante as áreas de incriminação do direito penal codificado, e demais regimes especiais avulsos que remetem para o critério geral, e dos três outros regimes penais avulsos (que contêm critérios especiais)”. No artigo 11º, nº 2, do CP exclui-se expressamente a responsabilidade criminal do Estado, das pessoas coletivas públicas e das organizações internacionais de direito público, mas o mesmo já não acontece nos regimes especiais enunciados, não existindo qualquer referência expressa a este regime excecional de imputação criminal<sup>42</sup>.

Podemos, assim, estar a ser confrontados com casos de tipo esquizofrénico, em que, por exemplo, nos termos do artigo 217º, do CP, não se pode imputar um crime de burla a uma entidade pública empresarial (artigo 11º, nº 3, alínea a), do CP), mas, a mesma entidade já poderá responder por um crime de burla tributária, previsto no artigo 87º, do RGIT. Esta ambivalência leva alguns especialistas a manifestar as suas posições, nem sempre de forma consonante. Por exemplo, COSTA ANDRADE<sup>43</sup> considera que esta divergência pode ser propiciadora de disparidades entre o regime do CP e os regimes especiais previstos em leis extravagantes, “(...) podendo replicar em desigualdade e injustiça (...)”. Por seu lado,

---

<sup>41</sup> Bravo, 2012, p. 500.

<sup>42</sup> No Acórdão do STJ de 27-11-1997 foi apreciada a questão da constitucionalidade formal e orgânica do Decreto-Lei nº 28/84, nunca tendo suscitado qualquer objeção relativamente a uma pessoa coletiva de direito público (um município) poder ser objeto de processo por crimes antieconómicos, face ao seu específico estatuto de pessoa coletiva de direito público. Este entendimento foi ainda reforçado no Acórdão do STJ de 25-10-2006, onde se admite expressamente que o município em causa no processo (por crime de fraude na obtenção de subsídio), apesar de não ter sido formalmente acusado, poderia tê-lo sido, referindo-se mesmo a “(...) omissão de demanda criminal do Município (...)”.

<sup>43</sup> Andrade, nº 3950, 2008, p. 275.

GERMANO MARQUES DA SILVA<sup>44</sup> defende que “(...) para a generalidade da atuação das pessoas coletivas públicas não basta a fiscalização política; é muito mais transparente e eficaz a fiscalização judiciária”, sublinhando o caráter excecional da exclusão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas públicas.

JORGE DOS REIS BRAVO<sup>45</sup> considera que “(...) a subsistência de regimes especiais autónomos de responsabilidade penal de pessoas coletivas e entidades equiparadas, ao não remeter para o regime geral do CP, permite concluir que a exceção da punibilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas (...) não tenha o seu fundamento pela aplicação supletiva daquele regime, mas por outras razões, designadamente de natureza dogmática e político-criminal”. O mesmo autor acrescenta que “é um dado incontroverso que algumas entidades que ficam subtraídas da responsabilização penal, por via do sistema do CP, permanecerão submetidas a tal eventualidade no âmbito de áreas do direito penal secundário (...)”<sup>46</sup>.

Em suma, de uma forma geral, a doutrina tende para a aplicação do CP ou das leis extravagantes, consoante estejamos perante um crime punível por aquele ou estas, embora – no que colhe a nossa concordância – se questione a assertividade da continuação da existência destes regimes divergentes. A nós, parecer-nos-ia mais apropriado – e evitaria disparidades, por vezes, afrontosas – que o legislador optasse por um só regime de responsabilidade criminal, unificando o CP e as leis extravagantes, neste particular.

#### **4.2. A exclusão da responsabilidade criminal do Estado e das organizações internacionais de direito público**

O artigo 11º, nº 2, do CP, exclui da responsabilidade criminal o Estado e as organizações internacionais de direito público<sup>47</sup>, sendo esta exclusão habitualmente justificada

---

<sup>44</sup> Silva, 2008, pp. 72-73.

<sup>45</sup> Bravo, 2012, p. 503.

<sup>46</sup> Bravo, 2008, p. 178.

<sup>47</sup> No conceito de *organizações internacionais de direito público* integram-se toda e qualquer Organização Internacional, independentemente de ter caráter para-universal (ONU, UNICEF, OMC, FMI), regional (Comunidades Europeias, Conselho da Europa, Liga Árabe, NATO, OSCE, Organização dos Estados Americanos,...) ou local (BENELUX, Conselho de Estados do Mar Báltico, Pacto Andino,...). Apesar de alguma discordância relativa ao conceito escolhido pelo legislador, não encontramos, na doutrina, qualquer oposição à exclusão da responsabilidade criminal das organizações internacionais de direito público.

com a ideia de que àquele<sup>48</sup> “(...) incumbe a proteção dos interesses gerais, sejam eles coletivos ou individuais, e o ónus de perseguir e fazer sancionar os delinquentes”<sup>49</sup>, o que reconduz a questão “(...) à natureza das suas atribuições e funções de soberania, ao *ius imperii* (...)”<sup>50</sup>.

Neste âmbito, pode-se questionar, como o faz JORGE DOS REIS BRAVO<sup>51</sup>, se o Estado, “(...) na medida em que intervém em plano de igualdade – real ou virtual –, com os cidadãos, não deverá beneficiar do mesmo estatuto jurídico destes, quando surja um litígio (...)”. Em resposta à sua própria questão retórica, o autor considera que “(...) a exceção da punibilidade do Estado deveria ser um pressuposto elementar da concepção de qualquer sistema jurídico-penal unitário e coerente”. Como justifica, “o Estado, enquanto aparelho politicamente legitimado para deter o monopólio do *ius puniendi*, converter-se-ia (...) em órgão auto-sancionador, o que seria de todo inédito, relevando de uma «esquizofrenia conceptual» de contornos inexplicáveis”. Na mesma linha de raciocínio, MÁRIO PEDRO MEIRELES<sup>52</sup> duvida da possibilidade de o Estado ser agente da prática de crimes, “(...) afinal, tratam-se de criações da sociedade que prosseguem, em teoria, mais do que qualquer outra realidade social, o «bem comum»”<sup>53</sup>. Nesta linha de raciocínio, ainda mais paradoxal seria pensar em aplicar-se ao Estado multas, pois seriam as populações as mais afetadas.

Relativamente ao problema da possibilidade da punibilidade do Estado, sendo ele o detentor do poder de punir, TERESA SERRA e PEDRO FÉRNANDEZ SÁNCHEZ<sup>54</sup> têm uma linha de pensamento diferente, considerando que “uma tal questão só envolveria uma contradição insanável no quadro de um Estado juridicamente impermeável, não submetido ao direito, inclusivamente ao direito que cria”. Como afirmam estes autores, “a subordinação da Administração (e do Estado em que ela se integra) à lei e ao direito é hoje um princípio inquestionável, tal como é inquestionável a subordinação do Estado ao controlo jurisdicional e

---

<sup>48</sup> No âmbito do Estado, incluem-se os Ministérios, Direções-Gerais, Direções de Serviços, Direções-Regionais, Repartições, Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional, Administração Militar e todos os serviços públicos a que a lei não tenha atribuído personalidade jurídica autónoma.

<sup>49</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 69.

<sup>50</sup> Bravo, 2008, p. 172.

<sup>51</sup> Bravo, 2008, pp. 173, 179 e 181.

<sup>52</sup> Meireles, 2006, pp. 74-75.

<sup>53</sup> Na mesma óptica, surge JOSÉ TOMÉ DE CARVALHO, defendendo que esta exceção é um princípio universalmente aceite (2009, p. 85).

<sup>54</sup> Serra e Sánchez, 2010, pp. 70-71.

a uma responsabilidade a ser efetivada nos tribunais”. Embora reconheçam as enormes dificuldades que a responsabilidade criminal do Estado acarretaria<sup>55</sup>, os autores consideram que este não pode surgir “como «dono» do direito, mas como «sujeito» de direito”. Nesta linha de pensamento, GONÇALO MELO BANDEIRA<sup>56</sup> defende a viabilidade da responsabilização criminal do Estado, por poder “praticar”, por exemplo, “graves crimes contra o ambiente”, embora conceda que “a grande questão é decidir político-criminalmente se é possível e oportuno imputar a respetiva responsabilidade penal” a tal ente.

Esta divergência de posições irá ser por nós retomada no ponto 5, a propósito da (in)constitucionalidade do artigo 11º, nºs 2 e 3, do CP.

#### **4.3. O especial caso da exclusão da responsabilidade criminal das Entidades Públicas**

A propósito da exclusão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas públicas, contida no artigo 11º, nº 2, do CP, o nº 3 do mesmo preceito dispõe que, para efeitos da lei penal, a expressão *pessoas coletivas públicas* abrange, em primeiro lugar, pessoas coletivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais (alínea a)); em segundo lugar, entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade (alínea b)); e, finalmente, demais pessoas coletivas que exerçam prerrogativas de poder público (alínea c)).

A este propósito, e numa interpretação com a qual estamos de acordo e que não parece levantar maiores problemas, JORGE DOS REIS BRAVO<sup>57</sup> defende que a expressão “de outras pessoas coletivas públicas”, vertida no artigo 11º, nº 2, do CP, figurando a seguir à exceção do Estado, pretende “(...) complementar o conteúdo desse conceito, com o conteúdo depois precisado no tocante às «outras» [pessoas coletivas públicas], elencadas no nº 3, o que se reconduz, assim, à conclusão de que o seu conteúdo é todo o consagrado nessa norma”. Ou seja, são excecionadas da punibilidade todas as entidades referidas no nº 3 do artigo 11º, do

---

<sup>55</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 72.

<sup>56</sup> Bandeira, 2004, pp. 277-278.

<sup>57</sup> Bravo, 2008, p. 165.

CP – para além do Estado e das organizações internacionais de direito público, já supramencionadas.

Impõe-se, assim, a convocação do direito administrativo, no sentido de podermos qualificar todas estas pessoas coletivas, iniciando o nosso périplo por uma das questões mais debatidas no seio da doutrina administrativa – a distinção entre pessoas coletivas públicas e pessoas coletivas privadas<sup>58</sup>.

Tradicionalmente, a distinção entre a personalidade de direito público e a personalidade de direito privado apresentava-se mais como uma dicotomia entre público e privado, separando-se assim as entidades e organismos do Estado, inseridos na Administração Pública – dedicados à execução de tarefas públicas e à prossecução de fins públicos –, das entidades criadas no seio da sociedade e dedicadas à prossecução de tarefas e fins privados. Contudo, como sustenta PEDRO GONÇALVES<sup>59</sup>, esta distinção linear, que nos vem da tradição, tem sido posta em causa, visto que “(...) as pessoas públicas utilizam com frequência o direito privado, fugindo, por vezes iludindo-a, à aplicação da disciplina que lhes está especialmente dirigida”, assistindo-se, nomeadamente, “(...) à criação pública de entidades privadas para a prossecução de tarefas públicas e realização de fins públicos (...)”, deixando a titularidade de direitos fundamentais “(...) de estar reservada a pessoas privadas, reconhecendo-se que, em certas circunstâncias, pessoas de direito público podem também assumir a titularidade de (certos) direitos fundamentais”<sup>60</sup>.

Relativamente à distinção entre pessoas coletivas públicas e pessoas coletivas privadas, FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA OLIVEIRA<sup>61</sup> sustentam que a doutrina tem optado, cada vez mais, por critérios mistos, ou seja, combinam dois ou mais critérios tradicionais. Pelo que, de acordo com VITAL MOREIRA<sup>62</sup> devemos considerar entidades públicas – quando a lei não as qualifica como tal – “(...) as que, tendo sido criadas pelo Estado ou outro ente público «primário» (ou seja, uma coletividade territorial), detenham o predicado fundamental das entidades públicas, que é a posse de prerrogativas de direito público, isto é,

---

<sup>58</sup> Nesta linha de pensamento, SUSANA AIRES DE SOUSA (2012, p. 9) defende que “incluir no texto legal a definição de pessoa coletiva pública seria em princípio de aplaudir (...)”.

<sup>59</sup> Gonçalves, 2008, pp. 249-250.

<sup>60</sup> Nesta mesma linha, surgem TERESA SERRA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2010, p. 84).

<sup>61</sup> Dias e Oliveira, 2004, p. 42.

<sup>62</sup> Moreira, 1997, pp. 268-269.

exorbitantes do direito privado”<sup>63</sup>. Ou seja, “não basta a criação por ato público, visto que, (...) hoje em dia, o Estado recorre frequentemente à criação de entes coletivos de direito privado, em tudo sujeitos a um regime de direito privado. Não é suficiente a detenção de prerrogativas de direito público, nem sequer de poderes de autoridade, porque (...) tais poderes e prerrogativas podem ser excepcionalmente conferidos a pessoas coletivas privadas, criados por particulares e em tudo o mais reguladas pelo direito privado”.

Tomando em linha de conta estas reflexões, podemos considerar entidades públicas: (a) o Estado e as demais entidades coletivas territoriais (regiões autónomas e autarquias locais), ou seja, pessoas coletivas públicas originárias, ou por natureza; (b) as entidades como tal qualificadas pela lei (entidades públicas por força da lei); (c) as entidades criadas pelos Estados (ou outras pessoas coletivas públicas territoriais), desde que não sejam qualificadas por lei como entidades privadas, e desde que compartilhem dos predicados da personalidade pública, ou seja, as prerrogativas de direito público, nomeadamente os poderes de autoridade<sup>64</sup>.

Relativamente à definição de entidades privadas, PEDRO GONÇALVES<sup>65</sup> defende que “o emprego do conceito (...) sugere, desde logo, que se considera qualquer entidade privada, independentemente do seu estatuto jurídico ou do nome do título que lhe confere o exercício de funções e de poderes públicos”. Ou seja, não há “(...) qualquer espécie de conexão natural entre entidades privadas com poderes públicos e, por ex., entidades concessionárias (de serviços públicos, de obras públicas, etc.), quer porque há inúmeras entidades concessionárias sem poderes públicos, quer porque há entidades privadas com poderes públicos que, naquele sentido, não são entidades concessionárias”. O mesmo autor reitera que “a pessoa privada passa a ter uma dualidade de capacidade jurídica: uma capacidade total ou geral de direito privado e uma capacidade parcial de direito público”<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Na mesma linha, vai FREITAS DO AMARAL (2006, p. 753 e ss.).

<sup>64</sup> Vão neste sentido, Moreira, 1997, p. 269; Dias e Oliveira, 2004, pp. 42-43.

<sup>65</sup> Gonçalves, 2008, pp. 433-435.

<sup>66</sup> Neste sentido, VITAL MOREIRA defende que “as pessoas coletivas de criação privada são sempre pessoas coletivas privadas, salvo declaração legal em contrário, ainda que tenham um regime de direito público reconhecido por lei, porquanto não é concebível a criação de entes públicos por ato de particulares. Estar-se-á então perante entidades privadas com um regime de direito público” (Moreira, 1997, p. 269).

Face à controvérsia que a distinção entre pessoas coletivas públicas e pessoas coletivas privadas tem suscitado, SUSANA AIRES DE SOUSA<sup>67</sup> defende ser compreensível que “(...) o legislador penal tenha optado, em nome da segurança e da certeza jurídico-penal, por explicar o que entende por pessoa pública (...)”, posição com a qual concordamos.

No entanto, o legislador penal não seguiu aquele critério misto – hoje em dia, maioritariamente seguido pela doutrina para distinguir pessoas coletivas públicas e pessoas coletivas privadas –, optando antes por consagrar um conceito extensivo de pessoa coletiva pública, em que, segundo SUSANA AIRES DE SOUSA<sup>68</sup>, concede “(...) privilégio autónomo em cada uma das alíneas [do artigo 11º, nº 3, do CP] à singularidade de um critério definidor de pessoa coletiva pública”. Assim, segundo esta autora, “(...) na alínea a) a pessoa coletiva pública é definida a partir do regime de direito público a que está sujeita (pessoas coletivas de direito público, nas quais se incluem entidades públicas empresariais); na alínea b) a partir da finalidade prosseguida (entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade) e na alínea c), prescindindo da criação e do regime público, toma-se como critério o exercício de poderes de autoridade (demais pessoas coletivas que exerçam prerrogativas de direito público)”. Ou seja, a definição proposta pelo artigo 11º, nº 3, do CP é muito menos exigente do que a seguida pela doutrina administrativa e mais extensiva quando comparada com as fontes comunitárias que se referem à responsabilidade criminal das pessoas coletivas.

Na ótica de JORGE DOS REIS BRAVO<sup>69</sup>, esta qualificação extensiva de quem deve ser considerado *pessoa coletiva pública*, assumida pelo legislador português, “(...) esconde alguma incompreensão, ou mesmo perplexidade (...)”, pois o autor diz não alcançar “(...) as razões ou motivações para a legitimidade da inclusão no conceito de entidade como as concessionárias de serviços públicos, ainda que revistam titularidade exclusivamente privada (e que são habitualmente sociedades comerciais), ao lado de outras entidades tão distintas como Municípios, Institutos Públicos e Entidades Empresariais Públicas”. Ou seja, o autor discorda que seja dado a entidades concessionárias de serviços públicos um mesmo tratamento de exceção que é dado ao Estado e outros entes coletivos de direito público, uma

---

<sup>67</sup> Aires de Sousa, 2012, p. 11.

<sup>68</sup> Aires de Sousa, 2012, p. 11.

<sup>69</sup> Bravo, 2008, pp. 165-166.

vez que “(...) a eventual prática de atividades ilícitas, por parte dos seus representantes, terá como ofendidos o próprio Estado ou a comunidade dos cidadãos organizados enquanto tal”<sup>70</sup>.

Neste mesmo sentido posicionam-se TERESA SERRA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ<sup>71</sup>, ao afirmarem que a exclusão da responsabilidade criminal de entidades concessionárias de serviços públicos e de entidades beneficiárias de prerrogativas de poder público (artigo. 11º, nº 3, alíneas b) e c), do CP) só surge depois de o legislador “(...) já ter esclarecido, na alínea a), que as «pessoas coletivas de direito público» não podem ser criminalmente responsabilizadas”. O que permite concluir que “(...) o legislador pretendeu inequivocamente atribuir tal privilégio também a entidades dotadas de uma personalidade jurídica de direito privado – algumas delas (...) plenamente integradas num mercado concorrencial e disputando «nichos de mercado»”. Caso não fosse esta a interpretação que o legislador pretendia, então ter-se-ia limitado à redação adotada para a alínea a) do mesmo preceito.

Numa análise mais pormenorizada de cada uma das alíneas do nº 3 do artigo 11º, do CP, podemos compreender melhor o que aqui está em causa.

Relativamente ao âmbito de aplicação da alínea a) – pessoas coletivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais –, JORGE DOS REIS BRAVO<sup>72</sup> defende que não parece “(...) haver razão para formular qualquer objeção de tomo, pensando-se ser válida e plenamente justificada a solução consagrada” e, “no âmbito conceitual das pessoas coletivas de direito público (em sentido próprio), incluir-se-ão: o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os institutos públicos, as fundações públicas, as associações públicas – onde se incluem as ordens profissionais – (...) e as entidades públicas empresariais”.

Contudo, não nos parece assim tão linear que esta primeira alínea não crie discussões de maior, pois para TERESA SERRA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ<sup>73</sup>, o legislador, com a redação adotada para a alínea a), “(...) determinou perentoriamente que a personalidade jurídico-pública é suficiente para, só por si, isentar uma pessoa coletiva de qualquer

---

<sup>70</sup> Bravo, 2008, p. 166.

<sup>71</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 83.

<sup>72</sup> Bravo, 2008, p. 166.

<sup>73</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 85.

responsabilidade criminal”, dispensando, desta forma, “(...) o intérprete de qualquer averiguação adicional quanto à eventual atribuição a cada pessoa coletiva de uma concessão de um serviço público ou de qualquer prerrogativa de poder público; esses dois fatores apenas relevarão quando a pessoa coletiva assumir uma natureza privada”. Contudo, seguindo o ponto de vista de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE<sup>74</sup>, “(...) as regiões autónomas, as autarquias públicas, as empresas públicas e quaisquer outras pessoas coletivas de direito público, bem como as entidades concessionárias de serviços públicos respondem criminalmente pelas infrações que cometam, sempre que tenham agido sem prerrogativas de poder público”.

Neste contexto, cabe-nos questionar se todas estas entidades contidas na alínea a) – interpretando-se a norma como sendo bastante a personalidade jurídico-pública, sem mais; ou interpretando-se no sentido de as pessoas coletivas de direito público responderem criminalmente quando atuem sem prerrogativas de poder público – devem ou não responder criminalmente? Reservamos a nossa posição mais clara e fundamentada sobre o assunto para o ponto 5, a propósito da (in)constitucionalidade do artigo 11º, nºs 2 e 3, do CP.

Antes, importa analisar cada uma das pessoas coletivas de direito público citadas por JORGE DOS REIS BRAVO e que estão incluídas na alínea a).

Em primeiro lugar, e relativamente às pessoas coletivas públicas de base territorial, onde estão incluídas as Autarquias Locais e as Regiões Autónomas – ou seja, “(...) pessoas coletivas a quem o Estado devolve parte dos seus poderes para a prossecução de fins públicos limitados a uma circunscrição territorial”<sup>75</sup> – não necessitam de maiores esclarecimentos, para além daqueles que reservamos para o ponto 5, relativamente ao Estado.

Em segundo lugar, no que concerne às pessoas coletivas públicas de base institucional – ou seja, “(...) as pessoas coletivas que o Estado (ou as outras pessoas públicas de base territorial) cria e os serviços públicos aos quais confere personalidade jurídica autónoma face à sua, para uma maior eficiência na prossecução do interesse público”<sup>76</sup> –, onde se incluem os Institutos Públicos – as entidades que, por exercerem funções clássicas ou tradicionais de exercício de poderes públicos, mantêm uma gestão de natureza burocrática – e as Entidades

---

<sup>74</sup> Albuquerque, 2010, p. 94.

<sup>75</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 87.

<sup>76</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 87.

Públicas Empresariais – as antigas Empresas Públicas –, optamos por assegurar uma análise mais prolongada, no que a estas últimas diz respeito, para sabermos o que está aqui englobado.

De acordo com o artigo 5º, nº 1, do Decreto-Lei nº 133/2013, de 3 de outubro – que regula o regime jurídico do sector público empresarial e que revogou o Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de dezembro –, “são empresas públicas as organizações empresariais constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante, nos termos do presente decreto-lei”. O artigo 22º, nº 1 desse diploma refere que as empresas públicas podem exercer determinados poderes e prerrogativas de autoridade de que goza o Estado, designadamente quanto ao licenciamento e concessão, nos termos da legislação aplicável, da utilização do domínio público, da ocupação ou do exercício de qualquer atividade nos terrenos, edificações e outras infraestruturas que lhe estejam afetas<sup>77</sup>. Na ótica de FIGUEIREDO DIAS e FERNANDA OLIVEIRA<sup>78</sup>, a criação de empresas públicas deve-se, designadamente, “(...) à necessidade que por vezes o Estado tem de intervir na economia assumindo posição chave, isto é, estrategicamente fundamentais [...] e] à necessidade de criação de um monopólio”. O artigo 13º, nº 1, do mesmo diploma, acrescenta que as empresas públicas assumem a forma jurídica de sociedade de responsabilidade limitada constituída nos termos da lei comercial (alínea a)) ou a forma jurídica de entidades públicas empresariais<sup>79</sup> (alínea b)), sendo sobre estas que recairá a nossa análise, por serem as que constam explicitamente do artigo 11º, nº 3, alínea a), do CP.

---

<sup>77</sup> PEDRO GONÇALVES defende que esses poderes “(...) não são atribuídos diretamente às empresas públicas: esta ideia deduz-se precisamente do nº 2 do mesmo artigo, ao estabelecer que «os poderes especiais serão atribuídos por diploma legal, em situações excecionais e na medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público, ou constarão de contrato de concessão»” (Gonçalves, 2008, p. 896).

<sup>78</sup> Dias e Oliveira, 2004, p. 56.

<sup>79</sup> As entidades públicas empresarias, definidas no artigo 56º, do mesmo diploma, são pessoas coletivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado para prossecução dos seus fins, as quais se regem pelas disposições do decreto-lei em apreço. São exemplos de entidades públicas empresariais os hospitais públicos empresarializados (como o Hospital de Santa Maria, EPE ou o Centro Hospitalar Tondela-Viseu, EPE), EP – Estradas de Portugal, EPE, Metropolitano de Lisboa, EPE e o Teatro Nacional D. Maria II, EPE. Relativamente aos hospitais públicos empresarializados, em 1987, na Holanda, um hospital foi condenado por homicídio negligente, depois de um paciente ter morrido durante a operação em virtude da utilização de equipamento de anestesia ultrapassado, não tendo sido discutido se o hospital era público ou privado, dada a sua irrelevância face ao Código Penal holandês. Esta discussão não se faria em Portugal, tendo em conta o catálogo de crimes passíveis de responsabilidade criminal presente no artigo 11º, nº 2, do CP, que, estranhamente, não prevê a responsabilidade criminal de pessoas coletivas pelo cometimento de um crime de homicídio, ainda que

Perante este quadro, podemos concluir que, ainda que se mantenha submetida a uma influência dominante pelo Estado, qualquer outra empresa pública assume uma natureza privada, estando, portanto, impedidas de beneficiar da exclusão do artigo 11º, nº 3, alínea a), do Código Penal. Segundo DAMIÃO DA CUNHA<sup>80</sup>, “(...) parece claro que a maioria das entidades empresariais (excluindo (...) as expressamente designadas «entidades públicas empresariais») (...) são, hoje em dia, pessoas coletivas privadas (...), uma vez que são criadas, ou então assumem-se (sobretudo na sua atuação face a terceiros), segundo a forma e regras jurídico-privadas”. Como acrescenta, “do que se trata, do ponto de vista de direito público (...), é unicamente do facto de estas entidades (ou algumas delas) poderem dispor de poderes de autoridade ou de direito público; poderes públicos que, todavia, não são abstratos mas concretos, no sentido de que têm de ser expressamente concedidos com base na lei ou em contrato de direito público”.

Por último, estão ainda contidas no artigo 11º, nº 3, alínea a), do CP, as pessoas coletivas de base associativa, ou seja, “(...) pessoas coletivas vocacionadas para a prossecução exclusiva de fins de interesse público e que, ao contrário dos Institutos Públicos, assentam num agrupamento de indivíduos e não num substrato material”<sup>81</sup>. As Associações Públicas estão incluídas nas pessoas coletivas de base associativa. Estão aqui em causa as associações de entidades públicas (como as associações de municípios ou de freguesias) e de entidades privadas (como as Ordens Profissionais – Ordem dos Advogados, Ordem dos Médicos – ou como as Câmaras Profissionais – Câmara dos Solicitadores).

Quanto às ordens profissionais, JORGE DOS REIS BRAVO<sup>82</sup> defende que estas, “(...) por compreenderem poderes de autorregulação, ética, disciplina e poderes sancionatórios delegados pelo Estado relativamente à profissão liberal respetiva, estarão, também, subtraídas ao âmbito da responsabilidade penal (...)”. Para este autor, ainda que pareça “(...) um pouco excessivo que tais entidades tenham um estatuto que lhe assegure uma impunidade, face a associações e outras organizações de natureza sindical, o que pode significar um tratamento desigual e de privilégio dessas entidades face a estas”, a verdade é que “(...) tais associações

---

seja cometido a título de negligência (ver Teresa Serra, em artigo de opinião publicado no semanário *Expresso*, de 29 de setembro de 2007).

<sup>80</sup> Cunha, 2008, pp. 70-71.

<sup>81</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 91.

<sup>82</sup> Bravo, 2012, p. 493.

profissionais têm poderes delegados de natureza pública (...)”, o que não ocorre com as associações e organizações de natureza sindical.

Em suma, na alínea a), o legislador bastou-se com a atribuição de personalidade jurídico-pública para isentar uma pessoa coletiva de qualquer responsabilidade criminal, nas alíneas b) e c) o legislador força “(...) o intérprete a averiguar casuisticamente se uma entidade desprovida de personalidade pública *i)* goza de um título de concessão de um serviço público ou, em qualquer caso, *ii)* dispõe de prerrogativas de poder público – estando essa análise casuística dispensada, pela alínea a) do nº 3, para as entidades dotadas de natureza formal jurídico-pública”<sup>83</sup>.

Prosseguimos a leitura do artigo 11º, nº 3, do CP, com a análise da alínea b), referente às entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade, e que tem suscitado muitas interrogações na doutrina.

Para JORGE DOS REIS BRAVO<sup>84</sup>, a alínea b) é “(...) merecedora de muitas reservas no que refere à sua legitimidade – eventualmente até sendo questionável a sua conformidade constitucional (...)”, uma vez que permite, nomeadamente “(...) a exclusão da responsabilidade penal quanto a empresas (sociedades anónimas) concessionárias de exploração dos mais diversos serviços públicos, como a exploração de abastecimento de água, de transportes e de autoestradas (...)”, permitindo que “(...) outras entidades desenvolvendo idênticas atividades empresariais ou económicas não sejam excecionadas da punibilidade apenas pelo facto de serem concessionárias de um «serviço público», podendo até gerar-se uma situação paradoxal de certa atividade desenvolvida por uma «empresa concessionária de serviços públicos» produzir danos avultados e não ser criminalmente responsabilizada, enquanto outra empresa não concessionária, desenvolvendo o mesmo tipo de atividade, ser sancionada, apesar da sua conduta não importar uma lesão tão significativa de interesses públicos e comunitários”.

Exemplo clássico do que acabou de ser dito é o caso de ser atribuída pelo Estado a uma empresa a construção de uma autoestrada ou de uma ponte e serem-lhe depois estas também concessionadas. A partir desse momento, esta empresa deixa de ser responsabilizada

---

<sup>83</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 94.

<sup>84</sup> Bravo, 2008, p. 167.

criminalmente, ao abrigo do artigo 11º, nº 3, do CP. Enquanto isso, a uma segunda empresa o Estado só atribui a construção da autoestrada ou da ponte, não lhe sendo estas concessionadas. A segunda empresa – legalmente igual à primeira –, caso cometa um ilícito, será, paradoxalmente, criminalmente responsabilizada.

Esta contradição lembra-nos as assertivas palavras do economista austríaco e vencedor do Prémio Nobel da Economia em 1974, Friedrich Hayek: “*O funcionamento da concorrência não apenas requer a organização adequada de certas instituições como a moeda, os mercados e os canais de informação – algumas das quais nunca poderão ser convenientemente geridas pela iniciativa privada – mas depende sobretudo da existência de um sistema legal apropriado, estruturado de modo a manter a concorrência e a permitir que ela produza os resultados mais benéficos possíveis*”. O que, neste caso, não nos parece que possa ocorrer.

Perante este paradoxo, torna-se importante descortinar quem são as Entidades concessionárias de serviços públicos.

Exemplos paradigmáticos, de todos e sobejamente conhecidos, são, designadamente: a BRISA – Autoestradas de Portugal, S.A., uma das maiores concessionárias de autoestradas; a Lusoponte – Concessionária para a Travessia do Tejo, S.A., concessionária das travessias rodoviárias da ponte Vasco da Gama e da ponte 25 de Abril; e a Fertagus – Travessia do Tejo, Transportes, S.A., concessionária da linha ferroviária do Eixo Norte/Sul, que inclui a travessia do Tejo através da ponte 25 de Abril. Estamos aqui perante a problemática das tão propaladas Parcerias Público-Privadas (PPP), definidas no artigo 2, nº 1, do Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio, como “(...) contrato ou união de contratos por via dos quais entidades privadas (...) se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado”.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> Para maiores considerações sobre a problemática das Parcerias Público-Privadas, <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030765131424a5546425155314a474c30467963585670646d39446232317063334e68627939535a577868644d4f7a636d6c76637938774d5355794d464a6c6247463077374e796157386c4d6a424761573568624335775a47593d&fich=01+Relat%C3%B3rio+Final.pdf&Inline=true>, consultado em 06-02-2014.

Sem querermos entrar aqui num debate sobre as PPP – por não ser esse o nosso objeto de estudo –, a verdade é que o artigo 11º, nº 3, alínea b), do CP, exclui a responsabilidade criminal das entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade. Ou seja, estas entidades, a partir do momento em que são concessionárias de serviços públicos, passam a não responder criminalmente por qualquer ilícito que cometam no âmbito do objeto da concessão, mas também, e paradoxalmente, no âmbito de qualquer ilícito criminal, ainda que esteja fora do objeto da concessão.

Esta situação parece-nos flagrantemente desproporcionada e violadora de princípios constitucionalmente assegurados – temática que abordaremos no ponto 5, a propósito da (in)constitucionalidade do artigo 11º, nºs 2 e 3, do CP.

Para JORGE DOS REIS BRAVO<sup>86</sup>, quanto a esta alínea b), devemos fazer uma interpretação restritiva, “(...) no sentido desta apenas contemplar a exceção de punibilidade de uma entidade concessionária de um serviço público, desde que a atividade delituosa se possa considerar imediatamente inscrita no objeto da concessão (do serviço público). Sempre que a atividade ilícita e penalmente relevante seja desenvolvida noutra âmbito de atividade – que não esteja dentro do objeto da concessão –, a entidade concessionária ficará (...) sujeita a responsabilidade criminal”.

Em suma, resulta do artigo 11º, nº 3, alínea b), do CP, que “(...) sociedades de capitais e domínio de gestão integralmente privados, como as que detêm empresas concessionárias de exploração de autoestradas, de distribuição de água, de gás, de tratamento de resíduos, serão excecionadas de responsabilidade penal”<sup>87</sup>.

Finalmente – e como se o legislador não tivesse já excluído da responsabilidade criminal um número infindável de pessoas coletivas –, surge ainda a alínea c) do artigo 11º, nº 3, do CP, que exclui demais pessoas coletivas que exerçam prerrogativas de poder público<sup>88</sup>,

---

<sup>86</sup> Bravo, 2008, p. 167.

<sup>87</sup> Bravo, 2008, p. 177.

<sup>88</sup> A propósito da expressão *prerrogativas de poder público*, JORGE DOS REIS BRAVO (Bravo, 2008, p. 168), defende que se impunha uma definição com maior precisão do significado da expressão, “(...) sob pena de assumir um caráter tão vago que a norma poderá porventura incorrer em violação dos princípios da legalidade e da tipicidade”. AFONSO QUEIRÓ considera autoridades administrativas “(...) todos os órgãos ou agentes do Estado e dos demais entes públicos, aos quais, para o desempenho de atribuições de natureza administrativa, sob a forma de atos jurídicos, a ordem jurídica confere poderes públicos”. Ou seja, autoridades administrativas são “(...) apenas aqueles órgãos (...) do Estado ou dos entes públicos menores que tenham competência para a prática

não se fazendo qualquer referência à natureza destas pessoas coletivas – embora, como já acima deixámos exposto, estejam aqui em causa entidades desprovidas de personalidade pública, visto que as entidades dotadas de natureza formal jurídico-pública foram já incluídas na alínea a) do nº 3.

Assim, tendo por base PEDRO GONÇALVES<sup>89</sup>, neste trabalho, consideraremos como exemplos de pessoas coletivas que exerçam prerrogativas de poder público, designadamente, as câmaras de comércio e indústria – legalmente pessoas coletivas de direito privado –, as confederações empresariais – como a Confederação da Indústria Portuguesa, a Confederação do Comércio e Serviços de Portugal e a Confederação dos Agricultores de Portugal –, a Fundação para a Computação Científica Nacional (FCCN) – entidade que gere o domínio.pt –, as federações desportivas e as ligas profissionais de clubes, as entidades que realizam inspeções técnicas de veículos automóveis e seus reboques e que realizam exames de condução de veículos automóveis, e ainda as instituições particulares de solidariedade social, as Misericórdias e as associações de bombeiros voluntários<sup>90</sup>.

Como forma de rematar esta análise mais detalhada do conteúdo das alíneas do artigo 11º, nº 3, do CP, recorreremos a TERESA SERRA que, num artigo de opinião, referiu que “num país em que o poder do Estado e do sector público tem um peso que é de todos conhecido, a solução agora vertida no artigo 11º do CP tem o condão de excluir da responsabilidade criminal milhares de pessoas coletivas públicas e de empresas públicas e privadas, estas últimas na medida em que sejam concessionárias de serviços públicos ou recebam prerrogativas de poder público”.

---

de atos jurídicos, no exercício de poderes públicos, cujos efeitos irão interferir com as esferas jurídicas de terceiros, independentemente do seu consentimento” (Queiró, 1965, p. 627). A este propósito, TERESA SERRA e PEDRO SÁNCHEZ ressaltam que “(...) as entidades formalmente privadas que exercem prerrogativas de poder público não apenas o fazem em nome de uma outra entidade como, sobretudo, restringem tal exercício à estrita medida necessária para a prossecução eficiente das tarefas públicas que lhes sejam confiadas, estando por isso tais prerrogativas esgotadas quando os fins públicos deixam de ser exercidos” (Serra e Sánchez, 2010, pp. 95-96).

<sup>89</sup> Gonçalves, 2008, pp. 803-894.

<sup>90</sup> As instituições particulares de solidariedade social, as Misericórdias e as associações de bombeiros voluntários são pessoas coletivas de utilidade pública, sendo-lhes atribuído esse estatuto de *utilidade pública* por cooperarem com a Administração Pública na prossecução de fins não lucrativos de interesse geral.

Para maiores considerações desta exclusão tão ampla de determinadas pessoas coletivas da responsabilidade criminal, remetemos para o ponto seguinte, a propósito da (in)constitucionalidade do artigo 11º, nºs 2 e 3, do CP.

## **5. (In)Constitucionalidade do artigo 11º, n.ºs 2 e 3, do Código Penal e seu alcance**

Ao longo de todo este trajeto investigativo, analisámos a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, que passou a estar prevista no artigo 11º, do CP, desde 2007, bem como a opção do legislador em excluir da responsabilidade criminal o Estado, as demais pessoas coletivas públicas e as organizações internacionais de direito público.

É agora chegado o momento de analisarmos, com maior detalhe, as críticas que têm sido apontadas pela doutrina à opção do legislador e algumas das soluções que são defendidas naquela, tecendo, para rematar, comentários a essas soluções, num exercício que servirá como um possível contributo para esta problemática.

Numa primeira consideração, impõe-se sublinhar que o legislador, ao optar pela formulação do artigo 11º, do CP, nos termos em que o fez, deveria ter sustentado a sua posição nos trabalhos preparatórios da alteração ao CP. Mas estes revelaram-se de pouco auxílio, uma vez que, na discussão da Proposta de Lei nº 98/X, que procede à vigésima primeira alteração ao CP, o Ministro da Justiça limita-se a sublinhar como uma das principais orientações da revisão “a responsabilização, de forma geral, das pessoas coletivas”. Acresce que, a previsão da responsabilidade das pessoas coletivas na proposta resulta, na sua origem (e com diversas alterações), da inclusão de um Projeto de Lei 239/X, da iniciativa do grupo parlamentar do PSD, que não faz referência a qualquer regime excecional das pessoas coletivas públicas.

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE<sup>91</sup>, a opção legislativa pela exclusão da responsabilidade criminal do Estado, de outras pessoas coletivas públicas e das organizações internacionais de direito público tem a sua génese num princípio fundamental constante em várias Decisões-Quadro e Convenções, o que o leva a defender que, segundo o direito comunitário, as empresas públicas e quaisquer outras pessoas coletivas de direito público e as entidades concessionárias de serviços públicos devem responder criminalmente pelas infrações que cometam, sempre que tenham agido sem prerrogativas de poder público, pois outra conclusão esbarraria no carácter restritivo da exceção ao princípio da responsabilidade

---

<sup>91</sup> Albuquerque, 2010, pp. 93-94; Albuquerque, 2006, p. 641.

consagrado nos textos internacionais. Porém, SUSANA AIRES DE SOUSA<sup>92</sup>, no que nos parece mais plausível, considera que o legislador, “(...) após excluir do âmbito da responsabilidade criminal, no nº 2 do artigo, o Estado, outras pessoas coletivas públicas e organizações internacionais de direito público, concretiza [sem margem para grandes interpretações], no nº 3 do mesmo preceito, o que deve entender-se para efeitos da lei penal por pessoas coletivas públicas (...)”, sem fazer qualquer referência a terem ou não estas agido sem prerrogativas de poder público.

Com efeito, de tudo o que foi dito, fica claro que o legislador português não tomou uma opção baseada nas diretivas e decisões-quadro da União Europeia; também não seguiu o conceito de pessoas coletivas públicas defendido pela maioria da doutrina administrativa, indo muito mais além do que aqueles; e tão pouco – no que seria importante – fundamentou a sua opção nos trabalhos preparatórios para a alteração do CP.

Tudo isto vem reforçar o nosso questionamento da validade da opção que o legislador tomou no artigo 11º, nºs 2 e 3, do CP.

Relativamente à exclusão da responsabilidade do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, atendendo aos argumentos que já enunciámos – nomeadamente, por serem detentores de *ius imperii* e serem, acima de todos os outros, o garante de um Estado de Direito –, estamos de acordo quanto a esta opção –, devendo rejeitar-se a suscetibilidade de responsabilização criminal destas entidades, e, neste caso, indo ao encontro das diretivas europeias<sup>93</sup>. Seguindo a mesma linha de pensamento, com argumentos análogos, dever-se-á rejeitar a suscetibilidade de responsabilidade criminal das pessoas coletivas enunciadas no artigo 11º, nº 3, alínea a), do CP – pessoas coletivas de direito público. Porém, cria-nos alguma perplexidade e apreensão a atribuição da exclusão da responsabilidade criminal a entidades públicas empresariais, ainda que, como referimos em lugar próprio, estas sejam pessoas coletivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado para prossecução dos seus fins, enquanto qualquer outra empresa pública que assuma uma natureza

---

<sup>92</sup> Aires de Sousa, 2012, p. 8.

<sup>93</sup> A doutrina costuma ainda acrescentar outros fatores de justificação da exclusão da responsabilidade criminal do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais – argumentos com os quais estamos, em grande medida, de acordo –, como o facto de ser paradoxal pensar-se nestas entidades como agentes de crimes, sendo elas criações da sociedade para prosseguirem a realização do “bem comum”, e da sua incapacidade para cumprir a pena de multa, uma vez que, sendo sustentadas por receitas públicas, seriam, em última instância, os contribuintes a suportar o encargo da pena pecuniária.

privada é responsabilizada criminalmente – como são exemplos a ANA, Aeroportos de Portugal, S.A.; a Caixa Geral de Depósitos, S.A.; a CP, Caminhos de Ferro Portugueses, S.A.; a Metro do Porto, S.A.; e a Parpública, Participações Públicas, S.A.; ou seja, empresas públicas societárias.

Assim, embora possam ser responsabilizadas criminalmente as empresas públicas que assumam natureza privada – podendo atenuar-se, por esta via, o problema no plano da concorrência –, também não deixa de ser verdade que, por exemplo, os hospitais públicos empresarializados e o Metropolitano de Lisboa, EPE – exemplo de entidades públicas empresariais – deveriam ser responsabilizados criminalmente sempre que não estivessem no âmbito do exercício de prerrogativas de poder público, por forma a evitar a sua exclusão da responsabilidade criminal pelo simples facto de serem pessoas coletivas de direito público. Neste mesmo plano de análise situa-se SILVINA BACIGALUPO<sup>94</sup>, ao afirmar que “sempre que um ente público empresarial cometa uma infração que poderia ser igualmente imputada a qualquer pessoa jurídica de direito privado, não deve ser relevante a forma jurídica da mesma. Se assim não for existe um tratamento desigual, difícil de justificar”<sup>95</sup>.

Mas o que tem criado maior discussão e, de certa forma, indignação, na doutrina é a equiparação, para efeitos de subtração à responsabilidade penal, de entidades que não comungam de qualquer natureza pública e relativamente às quais tal só ocorre pelo facto de, conjuntamente, serem *concessionárias de serviços públicos*. Até porque, como muito bem ressalva DAMIÃO DA CUNHA<sup>96</sup>, “(...) existe, em termos constitucionais (e administrativos), uma distinção entre «Estado e demais pessoas coletivas / entidades públicas» e entidades privadas que exercem poderes públicos (...)”, distinção essa que parece ter sido ignorada pelo legislador na formulação do artigo 11º, do CP.

Como em lugar próprio analisámos, decorre do artigo 11º, nº 3, alínea b), do CP que “(...) sociedades de capitais e domínio de gestão integralmente privados, como as que detêm empresas concessionárias de exploração de autoestradas, de produção e distribuição de

---

<sup>94</sup> Bacigalupo, 1998, p. 374.

<sup>95</sup> Vai também nesta linha SUSANA AIRES DE SOUSA, 2012, p. 12.

<sup>96</sup> Cunha, 2008, pp. 77-79.

eletricidade, de serviço telefónico, de distribuição de água, de gás, de recolha de resíduos, serão também, excecionadas de responsabilidade criminal”<sup>97</sup>.

Esta última referência conduz-nos ao núcleo do problema em análise neste trabalho, a legitimidade dos fundamentos que justificam a exclusão da responsabilidade criminal de tais entidades, pelo facto de serem concessionárias de um serviço público<sup>98</sup>. JORGE DOS REIS BRAVO<sup>99</sup> defende que se torna necessário “(...) questionar a razoabilidade da justificação e conformidade aos princípios constitucionais e comunitários, de um tratamento tão flagrantemente atentatório de princípios de igualdade e de livre concorrência, atendendo ao favorecimento que objetivamente um tal estatuto confere a entidades privadas concessionárias de serviços públicos face a entidades congêneres que, estando no mesmo mercado, o não sejam”. No mesmo sentido vão TERESA SERRA e PEDRO SÁNCHEZ<sup>100</sup>, ao defenderem que o legislador, “(...) ao identificar os beneficiários da exclusão de responsabilidade criminal através da existência de uma «concessão de serviço público» ou da atribuição de «prerrogativas de poder público», (...) determinou que, para efeitos da lei penal, a qualidade de «pessoa coletiva pública» não depende sequer da importância relativa que a satisfação de necessidades de interesse geral assume na atividade do ente coletivo”, uma vez que a qualificação como pessoa coletiva pública “(...) não implica que a entidade esteja exclusivamente encarregada de satisfazer necessidades públicas (para tal garantia seria necessário a atribuição de personalidade formal pública), sendo pois indiferente que, para além dessa missão, tenha a liberdade de exercer outras atividades – mesmo (...) no âmbito de um mercado concorrencial e em competição com operadores económicos que não beneficiam da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal”.

---

<sup>97</sup> Bravo, 2012, pp. 494-495.

<sup>98</sup> Os mais recentes processos de privatização em curso – ou em vias de efetuação – vêm contribuir para tornar o problema ainda mais complexo, como os relativos ao serviço postal, de gestão e distribuição de água, de redes viárias, etc. –, que pode vir a ter grandes implicações nos consumidores, uma vez que esses setores de atividade são explorados por entidades que atualmente se encontram no setor público empresarial e que, ao serem adquiridos por entidades empresariais privadas, mas continuando a ter como objeto a exploração de um «serviço público», podem, eventualmente, continuar a ver a sua responsabilidade criminal excluída nos mesmos termos que a sua antecessora (de natureza pública), em virtude de, por esse facto, poderem ser consideradas “concessionárias”.

<sup>99</sup> Bravo, 2012, p. 495.

<sup>100</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 98.

Esta perspetiva conduz-nos à nossa questão central que é saber se, perante a redação do artigo 11º, nºs 2 e 3, do CP, estaremos face a uma violação de princípios constitucionais e perante uma eventual inconstitucionalidade daquela norma.

Na doutrina têm surgido duas vias: uma que se mostra favorável a uma interpretação restritiva<sup>101</sup>, outra que considera a inconstitucionalidade da norma. Passaremos, pois, a expor estas duas abordagens da doutrina.

JORGE DOS REIS BRAVO<sup>102</sup> tem defendido uma interpretação restritiva do artigo 11º, nº 3, alínea b), do CP, “(...) no sentido de que tais entidades só não serão puníveis quando a atividade ilícita e penalmente relevante seja desenvolvida no núcleo de atividade de serviço público concessionado”. No entanto, a nossa posição enquadra-se mais nos termos notados por SUSANA AIRES DE SOUSA<sup>103</sup>, para quem será difícil defender-se uma interpretação restritiva da norma, quando, por um lado, claramente não foi essa a opção que o legislador quis tomar – pois não foi esse o sentido que o legislador quis dar à norma – e, por outro, o artigo 11º, nº 3, alínea c), do CP engloba no conceito de *pessoas coletivas públicas* demais entidades que ainda não estivessem consideradas nas alíneas a) e b) do mesmo preceito.

Em suma, parece-nos que não é passível de ser feita uma interpretação restritiva do artigo 11º, nº 3, alínea b), do CP, pois cremos que o sentido que o legislador quis dar à norma – ainda que discordemos claramente da sua opção – foi exatamente o de englobar as entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade, ainda que a atividade ilícita e penalmente relevante não seja desenvolvida no núcleo de atividade de serviço público concessionado. O caminho seria sempre o de o legislador alterar o conteúdo da própria norma.

Assim, considerando o modo como a norma está redigida, parece-nos de privilegiar a linha da doutrina que defende a inconstitucionalidade do artigo 11º, nºs 2 e 3, do CP.

---

<sup>101</sup> Aplica-se a interpretação restritiva “(...) quando se chega à conclusão de que a lei utilizou uma fórmula demasiado ampla, quando o seu sentido é mais limitado. Deve-se proceder então à operação inversa: restringir o texto para exprimir o verdadeiro sentido da lei” (Ascensão, 2005, p. 424).

<sup>102</sup> Bravo, 2008, p. 168. Mais recentemente, o autor reitera o seu ponto de vista, afirmando ser de “(...) afastar a exceção de responsabilidade criminal das entidades concessionárias de titularidade privada, desde que a atividade ilícita ocorra fora do objeto da concessão” (Bravo, 2012, p. 497).

<sup>103</sup> Reportamo-nos a conversas de carácter informal mantidas com a autora.

Para TERESA SERRA e PEDRO SÁNCHEZ<sup>104</sup>, “(...) não se exige uma aplicação «por igual» da lei; reclama-se, apenas, que o fundamento material eleito pelo normador como critério justificativo da desigualdade seja razoável e não arbitrário”. Estes autores acrescentam que “(...) se um tal regime desigualitário já é consideravelmente lesivo para a ordem constitucional quando os valores afetados consistam na igualdade concorrencial, esse regime torna-se mesmo aberrante e intolerável para a comunidade política quando fundamente a conclusão de que a atribuição da personalidade pública ou de prerrogativas de poder público assegura a isenção de responsabilidade criminal das pessoas coletivas responsáveis por crimes diretamente conexos com a dignidade humana como o abuso sexual de menores que lhes tenham sido confiados para educação ou assistência, o abuso sexual de pessoas incapazes de resistência ou de pessoas internadas, o lenocínio, a prostituição ou a pornografia de menores”<sup>105</sup>.

Em suma, como concluem os citados autores, “(...) nenhum fundamento constitucionalmente relevante pode ser invocado para a criação de um regime desigualitário de imputação de responsabilidade criminal a pessoas coletivas dotadas de personalidade pública ou beneficiários de concessões de serviços públicos ou de prerrogativas de poder público”<sup>106</sup>.

Perante este quadro, TERESA SERRA e PEDRO SÁNCHEZ<sup>107</sup> defendem a inconstitucionalidade do artigo 11º, nºs 2 e 3, do CP, na medida em que, por um lado, viola a proibição do arbítrio, constante no conteúdo normativo do disposto no artigo 13º, da Constituição; e, por outro, “(...) quando tal regime desigualitário permita beneficiar operadores económicos que desenvolvem a sua atividade num contexto concorrencial”, estamos perante uma violação do disposto na alínea f) do artigo 81º da Constituição, por contrariar a “incumbência prioritária de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas” e, igualmente, do disposto na alínea a) do artigo 99º da Constituição, por obstaculizar “a concorrência salutar dos agentes mercantis”<sup>108</sup>. A este propósito, e convocando GOMES CANOTILHO e VITAL

---

<sup>104</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 99.

<sup>105</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 108.

<sup>106</sup> Serra e Sánchez, 2010, pp. 110-111.

<sup>107</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 111.

<sup>108</sup> Serra e Sánchez, 2010, p. 111.

MOREIRA<sup>109</sup>, o conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade (artigo 13º, da Constituição) tem vindo a alargar-se, abrangendo na ordem constitucional portuguesa, designadamente, a proibição do arbítrio, proibição essa que “(...) constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo (...)”, sendo inadmissíveis “(...) quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objetivos, constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais”. Acresce que, segundo os mesmos autores<sup>110</sup>, teremos ainda de ter presente que “a tarefa de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados [artigo 81º, alínea f) da Constituição], de modo a garantir desde logo a equilibrada concorrência entre as empresas, constitui a principal componente de uma economia de mercado e a base dos mecanismos de defesa da concorrência, que são um dos princípios essenciais da ordem jurídica comunitária (...)”. Tanto mais que são objetivos principais do Estado “(...) a proibição das práticas restritivas da concorrência (a começar pelos cartéis) e a reprimir os abusos de posição dominante, bem como a impedir preventivamente, nas operações de concentração, a criação de situações de posição dominante que possam pôr em risco a concorrência (e não as posições dominantes em si mesmas)”. Os autores ressaltam ainda que o preceito constitucional não exclui as empresas públicas, pois “(...) se a constituição económica garante a existência de um sector público mais ou menos extenso, ela impede, contudo, que, em geral, as empresas que fazem parte do sector público empresarial sejam favorecidas pelo Estado relativamente às suas concorrentes de outros sectores”.

Na verdade, como fomos constatando ao longo de todo o nosso trajeto, parece haver, de facto, uma clara violação do disposto destas três normas constitucionais, o que nos permite concluir pela inconstitucionalidade do artigo 11º, nºs 2 e 3, do CP.

Da forma como a norma penal está redigida – e tendo em atenção cada uma das suas alíneas –, somos confrontados com situações de desigualdade injustificável e com a violação do princípio da livre concorrência, em que ocorrem situações incompreensíveis de pessoas coletivas que, com o mesmo estatuto jurídico de outras, são excluídas da responsabilidade

---

<sup>109</sup> Canotilho e Moreira, 2007, p. 339.

<sup>110</sup> Canotilho e Moreira, 2007, pp. 969-970.

criminal pela mera natureza pública de um ente empresarial, pela concessão de um serviço público ou pelo mero exercício de poderes públicos por parte de um ente privado.

Desta maneira, de acordo com SUSANA AIRES DE SOUSA<sup>111</sup>, estamos perante uma “zona livre da punição penal”, um privilégio que, também a nós, nos parece injustificado.

---

<sup>111</sup> Aires de Sousa, 2012, p. 12.

## Conclusão

Ultimando este percurso de análise da exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas, cumpre-nos agora proceder às últimas considerações sobre a temática em análise. Desde logo, após um estudo detalhado do problema em questão, concluímos que, embora tenha havido, tradicionalmente, alguma relutância em se considerar a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, parece hoje, pelo menos em Portugal, pacífico o seu reconhecimento. Aliás, como muito bem refere GERMANO MARQUES DA SILVA<sup>112</sup>, “o direito não pode simplesmente fechar os olhos ao facto de que são as sociedades (e não as pessoas individuais) a realizar os grandes negócios e a obter os grandes benefícios”, acrescentando que “(...) quem consegue o benefício deve também arcar com os riscos e quando o risco tem natureza penal é também a sociedade que deve, por isso, arcar com ele”.

No entanto, quando o artigo 11º, do CP foi alterado – com a Lei nº 59/2007, de 4 de setembro – e a responsabilidade criminal das pessoas coletivas passou a estar também prevista no direito penal clássico, novos problemas e novas dificuldades surgiram. Designadamente, a falta de conformidade entre o regime geral do CP e os regimes especiais, ocorrendo situações paradoxais em que, por exemplo, não se pode imputar um crime de burla nos termos do artigo 217º, do CP, a uma entidade pública empresarial (artigo 11º, nº 3, alínea a), do CP), mas já poderá a mesma entidade responder por um crime de burla tributária, previsto no artigo 87º, do RGIT. Neste sentido, parece-nos que seria mais acertado e, provavelmente, mais equitativo, se o legislador optasse por um só regime de responsabilidade criminal, unificando-se o CP e as leis extravagantes, neste particular.

Outro problema com que nos deparámos, no contexto da alteração ao CP, foi a escolha, aparentemente sem critério, do elenco de crimes previsto no artigo 11º, nº 2, do CP, de acordo com o qual as pessoas coletivas poderão ser responsabilizadas criminalmente. Naquele preceito, estão indiferenciadamente elencados, designadamente, por um lado, alguns crimes contra a integridade física, contra a liberdade pessoal ou contra a liberdade sexual, e, por outro, num polo completamente distinto, alguns crimes contra o património ou crimes de

---

<sup>112</sup> Silva, 2009, pp. 124-125.

falsificação de documentos, não ficando claro o porquê destes e não outros e deixando-se de fora, por exemplo, o homicídio, o abuso de confiança e o dano qualificado.

Mas o problema mais complicado, e que mais tinta tem feito correr na doutrina, tem a ver com as pessoas coletivas que o legislador elencou no artigo 11º, nºs 2 e 3, do CP, para que ficassem excluídas da responsabilidade criminal. São elas o Estado, outras pessoas coletivas públicas e organizações internacionais de direito público.

Como fomos deixando expreso ao longo do nosso trabalho, estamos de acordo com a exclusão da responsabilidade criminal do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais, pois estes são os detentores do *ius imperii* e o garante do Estado de direito, estando, desta forma, Portugal em consonância com as diretivas da União Europeia<sup>113</sup>. Estamos ainda de acordo com a exclusão da responsabilidade criminal das organizações internacionais de direito público. No entanto, a definição que o legislador plasmou no artigo 11º, nº 3, do CP, relativamente às pessoas coletivas públicas, comporta grandes dificuldades e grandes desequilíbrios.

Reconhecemos que os últimos anos têm obrigado a grandes alterações no paradigma económico e financeiro e, ainda, no âmbito das relações entre o Estado e as pessoas coletivas privadas, o que implica re-situar o Estado, “(...) num contexto em que assume consistência uma atividade estadual em que os mecanismos de coercibilidade se mostram substancialmente «amortecidos», e onde as soluções negociais ou contratuais se equiparam ou sobrepõem ao papel dos tradicionais instrumentos de direito público e do direito administrativo”<sup>114</sup>. No entanto, perante a exclusão do Estado, das organizações internacionais de direito público – opção com a qual, como acima referimos, estamos de acordo –, das pessoas coletivas de direito público (incluindo as entidades públicas empresariais), das entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade, e das pessoas coletivas que exerçam prerrogativas de poder público, resta-nos questionar: quem é que afinal pode ser criminalmente responsabilizado?

---

<sup>113</sup> Utilizando uma velha expressão dos tempos da monarquia em França, CYRIL ROTH afirma que a exceção da punibilidade do Estado deve-se ao facto de este, “(...) comme le roi autrefois, «ne peut mal faire»” (“o Estado, como o rei anteriormente, «não pode fazer nada errado»”, tradução nossa), Roth, 2013.

<sup>114</sup> Bravo, 2012, p. 481.

Se, relativamente à exclusão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas de direito público, essa opção nos parece ajustada, pela mesma linha de pensamento com que estamos de acordo que se exclua o Estado – embora, como acima deixámos exposto, julgamos ser mais adequado que, relativamente às entidades públicas empresariais, estas possam ser responsabilizadas criminalmente sempre que cometam uma infração que poderia ser igualmente imputada a qualquer pessoa jurídica de direito privado –, já nos parece mais difícil de aceitar que sejam excluídas da responsabilidade criminal as entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade e demais pessoas coletivas que exerçam prerrogativas de poder público, tanto mais que, a partir do momento em que veem a sua responsabilidade criminal ser excluída, esta é-o em qualquer das suas atividades, esteja o ilícito criminal no âmbito da concessão do serviço público e da prerrogativa de poder público, ou não.

Na nossa perspetiva, a definição de pessoas coletivas públicas do artigo 11º, nº 3, do CP, desencadeia vazios de punição e privilégios injustificados, difíceis de compreender. Até porque essa definição é propiciadora da violação do princípio de igualdade, na medida em que viola a proibição do arbítrio, mas ainda da violação da livre e salutar concorrência dos agentes mercantis. Daí que, tal como enfaticamente fundamentámos, nos pareça que estamos perante uma inconstitucionalidade no artigo 11º, nºs 2 e 3, do CP.

Em suma, parece-nos que respeitaria a Constituição e seria mais equitativo se, relativamente à definição das pessoas coletivas públicas, vertida no artigo 11º, nº 3, do CP, nos ficássemos pela alínea a), ou seja, sendo, neste particular, somente excluídas as pessoas coletivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais – mas estas últimas com o acrescento que seriam responsabilizadas criminalmente sempre que cometessem uma infração que pudesse ser também imputada a qualquer pessoa jurídica de direito privado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Fontes impressas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Nota prévia ao art. 11º” e “Anotação ao Artigo 11º” *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, citado como *Albuquerque*.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “A responsabilidade criminal das pessoas coletivas ou equiparadas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, vol. II, setembro de 2006, pp. 627-651, citado como *Albuquerque*.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Introdução à atual discussão sobre o problema da culpa em direito penal*, Almedina, 1994, citado como *Albuquerque*.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Almedina, 2006, citado como *Amaral*.

ANDRADE, Manuel da Costa, “«Bruscamente no verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 137, nº 3948, pp. 134-151, nº 3949, pp. 220-239, nº 3950, pp. 262-285, e nº 3951, pp. 318-355, Janeiro-Fevereiro de 2008, citado como *Andrade*.

ANDRADE, Manuel Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Almedina, 1974.

AREZ, Mário Corrêa, “Da responsabilidade penal das pessoas coletivas”, in *Scientia Iuridica*, Revista Bimestral Portuguesa e Brasileira, Tomo XI, nº 60, Out-Dez, 1962, citado como *Arez*.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, Almedina, 2005.

BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1998, citada como *Bacigalupo*.

BANDEIRA, Gonçalo Melo, «Responsabilidade» penal económica e fiscal dos entes coletivos – À volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob forma comercial, Almedina, 2004, citado como *Bandeira*.

BOULOC, Bernard, “La responsabilité pénale des entreprises en droit français”, in *Révue internationale de droit comparé*, ano 46, nº 1, Jan-Mar 1994, pp. 669-681.

BRANDÃO, Nuno, “O regime sancionatório das pessoas coletivas na revisão do Código Penal”, in *Revista do CEJ*, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, nº 8 (especial), 1º Semestre 2008, pp. 41-54, citado como *Brandão*.

BRAVO, Jorge dos Reis, «Punibilidade vs. Impunidade de “Pessoas Coletivas Públicas”: a regra, a exceção e os equívocos – um episódio da tensão entre o “público” e o “privado”», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 22, nº 3, Jul-Set de 2012, Coimbra Editora, pp. 477-503, citado como *Bravo*.

BRAVO, Jorge dos Reis, *Direito Penal dos Entes Coletivos*, Coimbra Editora, 2008, citado como *Bravo*.

BRITO, Teresa Quintela de, “Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 20, nº 1, Janeiro-Março de 2010, Coimbra Editora, pp. 41-71, citada como *Brito*.

CAETANO, Marcello, *Lições de Direito Penal*, Lisboa: Faculdade de Direito, 1936-1937, citado como *Caetano*.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, volume I, artigos 1º a 107º, Coimbra Editora, 2007, citados como *Canotilho e Vital*.

CARVALHO, António Crespo Simões de, “A responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas”, Dissertação de Licenciatura, in *Justiça Portuguesa*, ano 4º, nº 43, julho, 1937, citado como *Simões de Carvalho*.

CARVALHO, José Manuel Costa Galo Tomé de, “Responsabilidade penal das pessoas coletivas: do repúdio absoluto ao atual estado das coisas”, in *Revista do Ministério Público*, ano 30, nº 118, Abr-Jun 2009, pp. 45-96, citado como *Carvalho*.

- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. I, Almedina, 1968, citado como *Correia*.
- COSTA, José de Faria, *Direito Penal Económico*, Quarteto, 2003.
- COSTA, José de Faria, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas coletivas à luz do direito penal)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2º, 1992, pp. 537-559.
- CUNHA, José Manuel Damião da, *O conceito de funcionário, para efeito de lei penal e a “privatização” da Administração Pública. Uma revisão do comentário ao art. 386º do Código Penal – Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, 2008, citado como *Cunha*.
- DELMAS-MARTY, Mireille, e VERVAELE, John A. E., *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, 4 volumes, Intersentia, 2000.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, citado como *Dias*.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Direito Administrativo*, 2ª Edição – Reimpressão, Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2004, citados como *Dias e Oliveira*.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário – um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra Editora, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 117, nº 3718, Coimbra Editora, 1984, pp. 7-12, 46-50, 72-78, citado como *Dias*.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa”, in *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, Centro de Estudos Judiciários, 1983, citado como *Dias*.
- FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de, *Direito Penal, I*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1956-1957, citado como *Ferreira*.

GODINHO, Inês Fernandes, *A responsabilidade solidária das pessoas coletivas em direito penal económico*, Coimbra Editora, 2007, citada como *Godinho*.

GONÇALVES, Pedro, *Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Almedina, 2008, citado como *Gonçalves*.

MEIRELES, Mário Pedro Seixas, *Pessoas coletivas e sanções criminais: juízos de adequação (contributo para um sistema sancionatório penal das pessoas coletivas)*, Coimbra Editora, 2006, citado como *Meireles*.

MENDES, João de Castro, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito, 1978, citado como *Mendes*.

MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, 1997, citado como *Moreira*.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, “Autoridades Administrativas”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, dirigido por Henrique Martins Gomes e José Pedro Fernandes, Atlântida Editora, 1965, pp. 627-628, citado como *Queiró*.

SERRA, Teresa, artigo de opinião publicado no semanário “Expresso”, de 29 de setembro de 2007, sobre o tema da responsabilidade criminal das pessoas coletivas.

SERRA, Teresa e SÁNCHEZ, Pedro Fernandez, “A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas – da inconstitucionalidade dos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º do Código Penal”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume IV, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp. 65-111, citados como *Serra e Sánchez*.

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

SILVA, Germano Marques da, “Responsabilidade penal das pessoas coletivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro”, in *Revista do CEJ*, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, n.º 8 (especial), 1.º Semestre 2008, pp. 69-97, citado como *Silva*.

SOUSA, João Castro e, *As pessoas coletivas em face do direito criminal e do chamado «direito de mera ordenação social»*, Coimbra Editora, 1985, citado como *Sousa*.

TEIXEIRA, Carlos Adérito, «A pessoa coletiva como sujeito processual ou a “descontinuidade” processual da responsabilidade penal», in *Revista do CEJ*, nº 8 (especial), 1º Semestre 2008, pp. 99-166, citado como *Teixeira*.

TORRÃO, Fernando, “Responsabilidade penal das pessoas coletivas: defeitos e excessos da teoria dos órgãos”, in *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2011, pp. 151-161, citado como *Torrão*.

### **Internet**

DIAS, Jorge de Figueiredo, *O papel do direito penal na proteção das gerações futuras*, 2002, disponível em <http://www.defensesociale.org/revista2002/8.1.htm>, consultado a 16-12-2013, citado como *Dias*.

LIMA, José António Farah Lopes, *Direito Penal Europeu*, 2007, disponível em [http://www.asser.nl/upload/eurowarrant-webroot/documents/cms\\_eaw\\_id1390\\_1\\_DireitoPenalEuropeu.pdf](http://www.asser.nl/upload/eurowarrant-webroot/documents/cms_eaw_id1390_1_DireitoPenalEuropeu.pdf), consultado em 25-11-2013, citado como *Lima*.

ROTH, Cyril, *La responsabilité pénale des personnes morales en France*, 2013, disponível em <http://www.comitasgentium.com/fr/component/k2/item/71-la-responsabilit%C3%A9-p%C3%A9nale-des-personnes-morales-en-france>, consultado em 29-01-2014, citado como *Roth*.

SOUSA, Susana Maria Aires de, *Societas Publica (Non) Delinquere Potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português*, 2012, disponível em <http://www.aeca.es/xvencuentroaeca/cd/7f.pdf>, consultado em 21-08-2013, citada como *Aires de Sousa*.

Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito à contratualização, renegociação e gestão de todas as Parcerias Público-Privadas do sector rodoviário e ferroviário, de 10 de julho de 2013, disponível em

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030765131424a5546425155314a474c30467963585670646d39446232317063334e68627939535a577868644d4f7a636d6c76637938774d5355794d464a6c6247463077374e796157386c4d6a424761573568624335775a47593d&fich=01+Relat%C3%B3rio+Final.pdf&Inline=true>, consultado em 06-02-2014.

### **Legislação**

PORTUGAL – Projeto de Código Criminal de 1789.

PORTUGAL – Constituição de 1822.

PORTUGAL – Código Penal de 1982, aprovado pelo Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro.

PORTUGAL – Código Penal de 1995, aprovado pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março.

PORTUGAL – Regime Geral das Infracções Tributárias, aprovado pela Lei nº 15/2001, de 5 de junho.

PORTUGAL – Decreto-Lei nº 133/2013, de 3 de outubro, que regula o regime jurídico do sector público empresarial.

UNIÃO EUROPEIA – Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

UNIÃO EUROPEIA – Convenção penal contra a corrupção do Conselho da Europa (1999), aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 68/2001 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 56/2001, ambos de 26 de outubro.

ALEMANHA – Ordnungswidrigkeitgesetz (lei alemã de mera ordenação social), disponível em [http://www.gesetze-im-internet.de/owig\\_1968/](http://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/), consultado em 12-04-2014.

FRANÇA – Constitution (constituição francesa de 4 de outubro de 1958), disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194#LEGIARTI000006527579>, em 29-01-2014.

FRANÇA – Code Pénal (Código Penal francês), disponível em [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F5259A15C2C9F41DA453832E254800D7.tpdjo03v\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149817&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20140129](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F5259A15C2C9F41DA453832E254800D7.tpdjo03v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149817&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20140129), consultado em 14-01-2014.

HOLANDA – *Wetboek van Strafrecht* (Código Penal holandês), disponível em [http://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/EersteBoek/TitelV/Artikel51/geldigheidsdatum\\_29-01-2014](http://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/EersteBoek/TitelV/Artikel51/geldigheidsdatum_29-01-2014), consultado em 29-01-2014.