

I

Atente na parte dispositiva do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 636/2018, Relator Fernando Vaz Ventura:

Julgar inconstitucional, por violação do artigo 30.º, n.º 3, da Constituição, a interpretação normativa do n.º 5 do artigo 7.º do Regime Geral das Infrações Tributárias [RGIT]¹, aprovado pela Lei n.º 15/2001, no sentido de que impõe o prosseguimento do processo destinado a apurar a responsabilidade criminal de pessoa coletiva já extinta pelo encerramento da respetiva liquidação, nos termos do n.º 2 do artigo 160.º do Código das Sociedades Comerciais², fazendo correr sobre o património de cada associado a responsabilidade pelo cumprimento da pena de multa que vier a ser aplicada.

Responda fundamentadamente às seguintes questões:

1. Concorda com a decisão do Tribunal Constitucional? Na sua resposta não deixe de considerar o disposto no art. 127.º/2 do CP, subsidiariamente aplicável aos crimes previstos no RGIT. (4,5 valores)
2. Em face desta decisão do Tribunal Constitucional, deverá considerar-se igualmente inconstitucional o disposto no art. 73.º/8 da Lei da Concorrência³ (Lei n.º 19/2012), relativo às contra-ordenações anti-concorrenciais? (4,5 valores)

II

3. No caso de transformação de uma sociedade civil numa sociedade por quotas, nos termos do artigo 130.º/2⁴ do Código das Sociedades Comerciais, posteriormente à prática de um crime de infração de regras de construção (art. 277.º/1, al. a), do CP), pode e deve aplicar-se o disposto no art. 11.º/8 do CP, relativo à fusão ou cisão? Na sua resposta, fundamentada, não deixe de considerar o preceituado no art. 73.º/7⁵ da Lei da Concorrência. (4,5 valores)

¹ Art. 7.º/5 do RGIT: “Se a multa ou coima for aplicada a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por ela o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados”. Trata-se de norma paralela à vertida no art. 11.º/11 do CP.

² Art. 160.º/2 do CSC, inserido no Capítulo relativo à dissolução das sociedades comerciais: “A sociedade considera-se extinta, mesmo entre os sócios e sem prejuízo do disposto nos artigos 162.º a 164.º, pelo registo do encerramento da liquidação”.

³ Art. 78.º/3 da LdC: “No caso de extinção da pessoa coletiva ou entidade equiparada, pelas coimas em que a mesma for condenada respondem os antigos bens desta que tiverem sido adjudicados em partilha”.

⁴ Artigo 130.º do CSC: (...)

“2 - As sociedades constituídas nos termos dos artigos 980.º e seguintes do Código Civil podem posteriormente adoptar algum dos tipos enumerados no artigo 1.º, n.º 2, desta lei.

3 - A transformação de uma sociedade, nos termos dos números anteriores, não importa a dissolução dela (...).

6 - A sociedade formada por transformação, nos termos do n.º 2, sucede automática e globalmente à sociedade anterior”.

⁵ Art. 73.º/7 da LdC: “A fusão, a cisão e a transformação não determinam a extinção da responsabilidade da pessoa coletiva ou entidade equiparada, respondendo pela prática da contraordenação:

a) No caso de fusão, a pessoa coletiva ou entidade equiparada incorporante de outras ou a que resulte da operação;

4. Vê algum obstáculo (e de que tipo/s) à responsabilização administrativa ou por contra-ordenação da pessoa colectiva, ante a prática de um crime por pessoas físicas a ela funcionalmente ligadas, como sucede em Itália, com o Decreto-Legislativo n.º 231/2001⁶? (4,5 valores)

Ponderação global (sistematização e nível de fundamentação das respostas, capacidade de síntese, clareza de ideias e correção da linguagem): 2 valores.

Nota: os exames com caligrafia ilegível não serão classificados.

TÓPICOS DE CORRECÇÃO

I

1. Concorda com a decisão do Tribunal Constitucional? Na sua resposta não deixe de considerar o disposto no art. 127.º/2 do CP, subsidiariamente aplicável aos crimes previstos no RGIT. (4,5 valores)

A decisão do TC é de sufragar, por duas razões principais.

Primeira: *o art. 7.º/5 do RGIT tem em vista a responsabilidade das sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas, por crimes ou contra-ordenações tributárias, determinando que, “se a multa ou coima for aplicada a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por ela o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados”.* Da mesma forma, a norma paralela, vertida no art. 11.º/11 do CP, respeita à aplicação de uma multa a entidade equiparada a pessoa colectiva (sociedade civil ou associação de facto).

Esta, portanto, *situação completamente diferente da prossecução do procedimento criminal contra entidade já extinta pelo registo do encerramento da liquidação do respectivo património* (art. 160.º/2 do CSC), a fim de permitir a responsabilização solidária do património dos seus ex-associados pela multa que, no final, venha a ser aplicada àquela entidade. Tal proposta não só viola a proibição de transmissão da responsabilidade penal (art. 30.º/3 da CRP), como constitui aplicação analógica incriminadora do preceituado no art. 7.º/5 do RGIT, proibida pelo art. 1.º/3 do CP, subsidiariamente aplicável aos crimes e contra-ordenações tributárias (art. 3.º, al. a), do RGIT).

Segunda: *a solução proposta viola também o art. 127.º/2 do CP, que estabelece a prossecução do processo contra pessoa colectiva e entidade equiparada extinta e em processo de liquidação* (art. 146.º/1 e 2, 1.ª parte, do CSC). Impondo aquela norma que o património da entidade responde pelas multas e indemnizações em que a mesma for condenada, naturalmente, *tem como limite temporal de aplicação a existência de um património social.* Ora, tal património deixa de existir, tal como a própria entidade contra a qual possa prosseguir o procedimento criminal, com o registo do

-
- b) No caso de cisão, as pessoas coletivas ou entidades equiparadas que resultem da operação ou que beneficiem de incorporações de património da sociedade cindida;
- c) No caso de transformação, as pessoas coletivas ou entidades equiparadas que resultem da operação”.

⁶ O artigo 1.º/1 do Decreto-Legislativo n.º 231/2001: “Este decreto legislativo regula a responsabilidade de entidades por infracções administrativas dependentes da prática de um crime”.

Art. 5.º do mesmo Decreto:

“1. A entidade é responsável por crimes cometidos no seu interesse ou vantagem:

(a) Por pessoas que tenham funções de representação, administração ou direcção da entidade ou de uma sua unidade organizativa, dotada de autonomia financeira e funcional, bem como por pessoas que exerçam, mesmo de facto, a gestão e o controlo do mesmo;

b) Por pessoas sujeitas à direcção ou supervisão de uma das pessoas das pessoas referidas na alínea a).

2. A entidade não é responsável se as pessoas indicadas no parágrafo 1 tiverem agido exclusivamente no seu próprio interesse ou no interesse de terceiros”.

encerramento da liquidação nos termos do art. 160.º/2 do CSC. O art. 127.º/2 do CP, ao contrário do art. 78.º/3 da Lei da Concorrência (LdC), não prevê que, “no caso de extinção da pessoa coletiva ou entidade equiparada, pelas [multas e indemnizações] em que a mesma for condenada respondem os antigos bens desta que tiverem sido adjudicados em partilha”. E, pelos motivos apontados, não pode recorrer-se ao art. 7.º/5 do RGIT (cujo âmbito de aplicação é completamente diferente) para colmatar uma suposta lacuna do art. 127.º/2 do CP, subsidiariamente aplicável aos crimes e contra-ordenações tributários por força do art. 3.º, al. a), do RGIT.

2. Em face desta decisão do Tribunal Constitucional, deverá considerar-se igualmente inconstitucional o disposto no art. 73.º/8 da Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012), relativo às contra-ordenações anti-concorrenciais? **(4,5 valores)**

A resposta a esta pergunta passa pelas seguintes considerações:

O RGIT prevê tanto crimes como contra-ordenações e o respectivo art. 7.º, inserido entre as disposições comuns, regula a responsabilidade das pessoas colectivas por todas as infracções descritas nesse regime geral.

No entanto, o Ac. do TC n.º 636/2018 julgou inconstitucional o art. 7.º/5 do RGIT apenas quando interpretado no sentido de impor a prossecução do procedimento *criminal* relativamente a pessoa colectiva já extinta pelo encerramento da respectiva liquidação, em ordem a responsabilizar o património de cada ex-associado pelo cumprimento da pena de multa que vier a ser aplicada ao ente. Daí a sua invocação do art. 30.º/3 da CRP, que justamente determina a intransmissibilidade da responsabilidade criminal.

Aqui chegados haveria que discutir a aplicabilidade do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade ao Direito de Mera Ordenação Social. A resposta deverá partir da noção de contra-ordenação dada pelo art. 1.º do DL n.º 433/82 (RGCO): “facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”. A convocação da ideia de censurabilidade da contra-ordenação, aliada ao disposto no art. 8.º/1 do RGCO (“só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”), implicam a pessoalidade e consequente intransmissibilidade da responsabilidade contra-ordenacional. Pessoalidade e intransmissibilidade da responsabilidade contra-ordenacional que são, ainda, confirmadas pelo preceituado no art. 32.º/10 da CRP (“nos processos de contra-ordenação (...) [e] em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”), o qual, por sua vez, é manifestação do princípio do Estado de Direito democrático baseado “no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais” dos cidadãos, pessoas singulares ou colectivas (art. 12.º/2 da CRP).

Em face disto, é pelo menos questionável a constitucionalidade do art. 73.º/8 da LdC, ao determinar que, “no caso de extinção da pessoa colectiva ou entidade equiparada, pelas coimas em que a mesma for condenada respondem os antigos bens desta que tiverem sido adjudicados em partilha”. Parece estar-se perante uma espécie de direito de sequela atribuído ao credor da coima de acompanhar o património partilhado da entidade extinta, de modo a fazer valer o seu direito contra os elementos desse património seja onde for que os mesmos se encontrem. Tal direito de sequela, argumentar-se-á, constitui mera garantia de pagamento da coima para lá da extinção da entidade infractora, não uma transferência da responsabilidade contra-ordenacional para as pessoas às quais foram adjudicados em partilha os antigos bens da colectividade. A verdade, porém, é que quem paga a coima, ainda que parcialmente, cumpre a correspondente sanção, assim se evidenciando a existência de uma transmissão da responsabilidade contra-ordenacional para quem não foi agente da contra-ordenação.

II

3. No caso de transformação de uma sociedade civil numa sociedade por quotas, nos termos do artigo 130.º/2 do Código das Sociedades Comerciais, posteriormente à prática de um crime de infracção de regras de construção (art. 277.º/1, al. a), do CP), pode e deve aplicar-

se o disposto no art. 11.º/8 do CP, relativo à fusão ou cisão? Na sua resposta, fundamentada, não deixe de considerar o preceituado no art. 73.º/7 da Lei da Concorrência. (4,5 valores)

A resposta a esta pergunta deveria começar por referir que a fusão e a cisão são alterações da estrutura societária que, todavia, não extinguem a responsabilidade por crimes anteriormente cometidos, dada a subsistência do substrato material, organizativo e finalístico da entidade infractora naquelas que resultaram da fusão ou cisão (art. 11.º/8 do CP). Daí que, em rigor, não possa sequer falar-se de transmissão da responsabilidade penal para as novas entidades, apesar da extinção formal da pessoa colectiva, agente do crime, na sequência da fusão e cisão.

Diferentemente, a transformação não configura uma modificação da estrutura societária, mas somente da sua veste formal, apenas se alterando o tipo de sociedade. Assim se compreende que a transformação da sociedade em regra não implique a sua dissolução, sucedendo a sociedade formada por transformação, automática e globalmente, à sociedade anterior (art. 130.º/2, 3, 1.ª parte, e 6, do CSC). Apesar de ser este o regime consagrado no CSC, o princípio da legalidade-tipicidade da responsabilidade penal dos entes colectivos exigiria uma norma expressa do CP no mesmo sentido.

Na ausência dessa norma expressa, *o argumento de que a subsistência da responsabilidade criminal da pessoa colectiva em caso de fusão ou cisão impõe, por maioria de razão, a permanência dessa responsabilidade nas situações de transformação* (nas quais a sociedade infractora permanece íntegra ainda que sob um diferente tipo ou veste) não deixa de corresponder a uma *aplicação analógica do art. 11.º/8 do CP através da qual se alarga o âmbito da responsabilidade dos entes colectivos para lá do estabelecido no artigo 11.º/2 e ss. do CP*. Ora, o art. 11.º/2 e ss. *opera como uma norma penal positiva insusceptível de integração analógica*.

Precisamente por a transformação se não confundir com a fusão e cisão, o art. 73.º/7, al. c), da LdC, veio estabelecer expressamente que a transformação não determina a extinção da responsabilidade da pessoa colectiva e equiparada, respondendo pela prática da contra-ordenação a entidade resultante dessa operação.

4. Vê algum obstáculo (e de que tipo/s) à responsabilização administrativa ou por contra-ordenação da pessoa colectiva, ante a prática de um crime por pessoas físicas a ela funcionalmente ligadas, como sucede em Itália, com o Decreto-Legislativo n.º 231/2001? (4,5 valores)

A responsabilização da pessoa colectiva a título de contra-ordenação por um facto classificado como crime quando cometido por pessoas singulares atentaria contra:

- (i) Os critérios constitucionais de distinção entre crime e contra-ordenação (arts. 18.º/2, 27.º/1, 165.º/1, als. c) e d), e 198.º/1, al. a), da CRP) que não são livremente manipuláveis pelo legislador ordinário, nem têm nada a ver com a natureza singular ou colectiva do agente do facto, mas antes com a dignidade punitiva e a estrita necessidade da intervenção penal;
- (ii) O princípio da igualdade, na vertente da proporcionalidade entre a gravidade do ilícito e a gravidade da sanção, de forma que as pessoas físicas teriam o direito a não ser mais gravemente punidas do que as pessoas colectivas ante o mesmo facto e perante idêntico conteúdo de culpa e de necessidade de prevenção (arts. 12.º/1 e 2, e 13.º da CRP).

Por isso é que o Decreto-Legislativo italiano n.º 231/2001, ao responsabilizar os entes colectivos por ilícitos administrativos dependentes da prática dos correspondentes crimes por pessoas singulares (cfr. arts. 24n a 25-quinquiesdecies), acaba por ter de alterar o facto pelo qual realmente respondem as pessoas colectivas.

Ao contrário do que sugere o art. 5/1, o mesmo Decreto não consagra um modelo de hetero-responsabilidade do ente pelos crimes perpetrados por pessoas físicas a ele funcionalmente ligadas, mas sim uma responsabilidade por facto próprio, consistente na organização deficiente em termos de prevenção de crimes do tipo daquele que foi cometido. Daí a primordial relevância dos

programas de cumprimento normativo na atribuição e exclusão de responsabilidade “administrativa” ao ente, o cuidado posto na regulamentação do conteúdo dos modelos de organização e gestão e dos requisitos necessários para a exclusão da responsabilidade do ente, consoante a posição “apical” ou “subalterna” do agente singular do crime (arts. 6 e 7). Posição que, em rigor, acaba por ser ficcionada tendo em conta que o art. 8 estabelece a autonomia da responsabilidade da pessoa colectiva, ao ponto de prescindir da identificação do agente singular do crime.

Lisboa, 19 de Fevereiro de 2023

Teresa Quintela de Brito