

I

Considere os seguintes excertos do Sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28.01.2020, proc. n.º 39/16.4 T9FNC.L1-5, Relator João Carrola:

“Não basta a existência de um, ainda que perfeito e completíssimo, caderno de regras e instruções a serem observados ou de um rigoroso manual de boas práticas, para dar cumprimento ao dever de garantir e exonerar a sociedade de responsabilidade pelos actos dos seus agentes, sendo estes actos imputáveis à actividade da empresa.

A pessoa colectiva apenas pode actuar através dos seus agentes os representantes, e apenas é responsável se estes tiverem actuado no âmbito do círculo de interesses desta, sendo estes os actos integradores da esfera da sua actividade comercial normal e estatutariamente consagrada, ou seja “*actos praticados em razão da prossecução dos fins sociais da pessoa colectiva, na realização desse objecto*”, com os inerentes riscos que decorrem para a empresa que, tendo o presumível benefício da actividade, também está onerada com os respectivos riscos e encargos”.

Responda fundamentadamente às seguintes questões:

1. Um “perfeito e completíssimo caderno de regras e instruções a serem observados ou um rigoroso manual de boas práticas” não correspondem, em nenhuma circunstância, à emissão de ordens ou instruções expressas da pessoa colectiva contrárias à prática do crime, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 11.º/6 do CP? Que efeitos são ou podem ser esses? (4 valores)
2. O modelo de imputação de responsabilidade consagrado no artigo 11.º/2, 4, 6 e 7, do CP, é compatível com uma actuação no interesse indirecto da pessoa colectiva a responsabilizar? (3 valores)
3. Face às novas fórmulas, inseridas no artigo 11.º/2 do CP pela Lei n.º 94/2021, de 21.12, “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, pode uma sociedade que se dedica à importação de vinhos ser (ou não) responsabilizada pelo crime de corrupção activa (artigo 374.º/2 do CP) praticado pelo respectivo gerente, por sua própria iniciativa, na pessoa de um funcionário da Autoridade Portuária com o objectivo de obter o rápido desalfandegamento de uma carga de vinhos, adquirida pela sociedade em causa e já vendida a um dos principais clientes da mesma? (4 valores)

II

Atente agora nos seguintes excertos do Sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6.04.2011, proc. n.º 1.724/09.27FLSB -3, Relator A. Augusto Lourenço:

“III – A pessoa colectiva, sendo um ente jurídico *a se*, a que se atribuem direitos e obrigações, é dotada de vontade própria que nasce e vive do encontro de vontades individuais dos seus membros, que não pode confundir-se com a vontade singular de cada um deles em particular. É uma nova realidade, reconhecida pela ordem jurídica como um centro autónomo de relações jurídicas.

IV – A responsabilidade de uma entidade bancária perante a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) em termos de informação que está obrigada a fornecer, não pode confundir-se com a de um Administrador ou Director, nem ser unicamente considerada uma imputação subjectiva, reflexa ou indirecta da vontade individual daqueles”.

4. Como se constrói e se prova o dolo da pessoa colectiva relativamente à prática de um crime? Pode ou não imputar-se-lhe o dolo da/s pessoa/s singular/es, *maxime* daquela/s que nela ocupa/m posição de liderança? Porquê? (3 valores)

III

5. Como se distinguem as hipóteses previstas no artigo 11.º/8 do CP daquelas a que respeita o artigo 127.º/2 do CP? Por que são diferentes as consequências da fusão ou cisão relativamente às previstas no artigo 127.º/2 do CP? Há algum limite temporal para aplicação do regime do artigo 127.º/2 do CP? Porquê? (4 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. Um “perfeito e completíssimo caderno de regras e instruções a serem observados ou um rigoroso manual de boas práticas” não correspondem, em nenhuma circunstância, à emissão de ordens ou instruções expressas da pessoa colectiva contrárias à prática do crime, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 11.º/6 do CP? Que efeitos são ou podem ser esses? (4 valores)

Principal objectivo da questão: relacionar os programas de Compliance com a imputação de responsabilidade penal à pessoa colectiva.

Assim, os Alunos deveriam:

- a) Explicar, em termos gerais, o que é um programa de cumprimento normativo e referir que o art. 2.º/1, do Decreto-Lei n.º 109-E/2021, tornou obrigatória, em sede de prevenção da corrupção e infracções conexas (art. 3.º), a adopção e implementação de programas de cumprimento normativo por pessoas colectivas com sede ou sucursal em Portugal, posto que empreguem 50 ou mais trabalhadores;
- b) Diferenciar os programas de cumprimento normativo, destinados à prevenção geral de ilícitos típicos inerentes à organização, actividade e modo de funcionamento da pessoa colectiva, das ordens ou instruções expressas contrárias à prática do concreto crime de catálogo cuja imputação ao ente se averigua (art. 11.º/6 do CP);
- c) Referir que o n.º 6 do artigo 11.º do CP serve para concretizar os requisitos da actuação da pessoa singular em nome ou por conta e no interesse do ente;
- d) Explicitar os possíveis níveis de actuação da cláusula de exclusão da responsabilidade colectiva prevista neste preceito:
 - *Afastamento de uma actuação em nome ou por conta* (porque a pessoa singular unilateralmente extravasou as competências, funções, poderes e tarefas que lhe foram cometidas pelo ente) *ou no interesse colectivo* (porque o crime acontecido nada tem a ver, nem se consegue explicar à luz do concreto modo de organização, funcionamento ou de prossecução da finalidade social ou institucionalizada), impedindo assim a imputação do facto da pessoa singular à colectividade, com a *consequente exclusão da tipicidade desse facto relativamente ao ente*;
 - *Afastamento da culpa* quando, apesar de o crime de catálogo ter sido cometido por pessoas singulares actuando em nome ou por conta e no interesse do ente, nos termos do art. 11.º/2, als. a) ou b), e n.º 4, o mesmo não deve ser censurado pela respectiva prática por o facto surgir como um “acidente de percurso” num trajecto da colectividade caracterizado por uma cultura corporativa de conformidade às exigências jurídico-penais relevantes no caso concreto.

- e) Concluir que, mais do que o carácter expresso e formalmente perfeito das ordens ou instruções da pessoa colectiva contrárias à prática do crime, releva a cultura de cumprimento normativo efectivamente implementada e vigente em todos os escalões daquela. Cultura de cumprimento normativo cuja existência também não depende da adopção e implementação prévia de programas de *Compliance*.
2. O modelo de imputação de responsabilidade consagrado no artigo 11.º/2, 4, 6 e 7, do CP, é compatível com uma actuação no interesse indirecto da pessoa colectiva a responsabilizar? (3 valores)

A resposta é negativa. Para aí chegar os Alunos deveriam:

- a) Tentar explicitar o conceito de actuação da pessoa singular e de comissão do crime de catálogo no interesse directo ou indirecto do ente. O interesse directo traduz-se na conformidade ao modo de organização, funcionamento, prossecução da respectiva finalidade e/ou à respectiva actividade (efectiva, não legalmente declarada). O interesse indirecto do ente a responsabilizar carece totalmente de definição legal (violação do princípio da legalidade-tipicidade dos critérios positivos de imputação de responsabilidade penal à pessoa colectiva). Por contraposição ao interesse directo, o indirecto terá de relacionar-se com o benefício, a vantagem ou utilidade (ainda que apenas expectável ou potencial) emergente da prática do crime pela pessoa singular (maxime dirigente) para a pessoa colectiva, mesmo que o dirigente tenha unilateralmente extravasado as competências, funções, poderes ou tarefas de que fora incumbido para a realização da finalidade e da actividade colectiva (ausência de actuação em nome ou por conta do ente) e, até, contra ordens ou instruções expressas do último;
- b) Relacionar estoutora acepção de actuação no interesse (indirecto) do ente com a inoperatividade do art. 11.º/6, moldado pela noção de interesse colectivo directo. O que implica responsabilização objectiva e por facto de outrem do ente colectivo, somente porque o agente singular do facto é pessoa a ele funcionalmente ligada;
- c) Caracterizar o modelo consagrado no art. 11.º/2, 4, 6 e 7 como sendo um modelo misto de hétero (art. 11.º/2) e auto-responsabilidade (art. 11.º/4, 6 e 7), que pressupõe a intervenção na prática do facto colectivo de pessoas físicas a ela funcionalmente ligadas, agindo em seu nome ou por sua conta e no interesse – necessariamente directo – do ente, organizativa-operativa e finalisticamente envolvido na realização do crime que dele irrompe. Mesmo quando pessoas físicas funcionalmente ligadas a dada entidade actuam na prossecução do interesse de outra entidade (v.g. a sociedade-mãe ou outra sociedade do grupo), não deixam de actuar directamente no interesse da primeira, a qual assume como interesse próprio a satisfação dos interesses daqueloutra.
3. Face às novas fórmulas, inseridas no artigo 11.º/2 do CP pela Lei n.º 94/2021, de 21.12, “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, pode uma sociedade que se dedica à importação de vinhos ser (ou não) responsabilizada pelo crime de corrupção activa (artigo 374.º/2 do CP) praticado pelo respectivo gerente, por sua própria iniciativa, na pessoa de um funcionário da Autoridade Portuária com o objectivo de obter o rápido desalfandegamento de uma carga de vinhos, adquirida pela sociedade em causa e já vendida a um dos principais clientes da mesma? (4 valores)

A resposta é negativa, pelas seguintes razões:

- a) O gerente, ao praticar o crime de corrupção activa do funcionário da Autoridade Portuária *por sua própria iniciativa*, extravasou unilateralmente as suas competências e funções de administração. Tais competências e funções relacionam-se com a prossecução da finalidade e/ou actividade de uma sociedade que se dedica à importação de vinhos, e não com a realização de crimes de corrupção para mais rápida satisfação dos interesses dos clientes da entidade;
- b) Tendo realizado o crime *por sua própria iniciativa*, também não poderá ter actuado no interesse organizativo, operativo, finalístico e/ou cultural da sociedade em causa (interesse directo). Contudo, a nova redacção do art. 11.º/2 do CP, graças à fórmula da actuação no interesse indirecto (i.e., para benefício, vantagem e/ou utilidade, maxime económica) do ente, permite

responsabilizar penalmente o último, ainda que o agente singular tenha excedido unilateralmente as respectivas competências e funções e contrariado a cultura corporativa e de cumprimento normativo vigente na pessoa colectiva.

Pior: o art. 11.º/6 apenas se reporta às situações em que a pessoa singular actua em desconformidade com o modo de organização, funcionamento, prossecução da finalidade do ente e/ou à respectiva cultura corporativa e de cumprimento do direito, pois só nesses casos é possível descortinar ordens ou instruções do ente contrárias à realização do crime. Logo, o art. 11.º/6 não consegue obstar à isenção da responsabilidade da pessoa colectiva nos casos (como o descrito) em que o ente é, de algum modo, beneficiado com a prática de um crime, realizado por pessoa singular a ele funcionalmente ligada, mas que nada tem a ver com o seu interesse organizativo, operativo, finalístico e/ou cultural. O que evidencia o carácter objectivo e por facto de outrem em que se consubstancia a responsabilidade da pessoa colectiva nas situações visadas pela fórmula da actuação do agente físico no interesse indirecto do ente.

II

4. Como se constrói e se prova o dolo da pessoa colectiva relativamente à prática de um crime? Pode ou não imputar-se-lhe o dolo da/s pessoa/s singular/es, *maxime* daquela/s que nela ocupa/m posição de liderança? Porquê? (3 valores)

Não se pode imputar ao ente o dolo da pessoa física que *por ele* e *para ele* agiu na prática do facto colectivo. Não só porque isso implicaria negar a autonomia e personalidade da responsabilidade penal da pessoa colectiva (identificando e limitando esta às pessoas físicas através das quais comete o crime), mas sobretudo porque, frequentemente, as pessoas físicas intervenientes no facto colectivo têm um conhecimento somente parcelar que obsta à afirmação de um dolo quanto ao facto global que emerge da organização colectiva, que pudesse ser transferido para o ente. O que em regra sucederá nas hipóteses previstas no art. 11.º/2, al. b), do CP.

Assim, o dolo da pessoa colectiva terá de construir-se tomando por base o modelo misto de hétero e auto-responsabilidade consagrado no art. 11.º/2, 4, 6 e 7, do CP, e à luz de uma teoria descritivo-adscritiva do dolo, tal como proposta por João Matos Viana. Uma teoria descritiva quanto ao elemento cognitivo do dolo, de cuja verificação não prescinde (o conhecimento não pode presumir-se); e adscritiva quanto ao respectivo elemento volitivo, pois imputa ao agente a vontade de realizar o tipo graças à interpretação do concreto contexto da acção em confronto com (i) os conhecimentos comprovadamente detidos pelo agente, (ii) as regras da experiência empiricamente fundadas naquele contexto e nestes conhecimentos, (iii) a linguagem social dos motivos e da respectiva lógica em termos de formas de intencionalidade: desejo da realização típica, conformação com a respectiva realização necessária ou somente possível (art. 14.º do CP).

Tendo em conta o modelo de responsabilização das pessoas colectivas vertido no artigo 11.º do CP, e a teoria descritivo-adscritiva do dolo, o dolo da pessoa colectiva constrói-se e prova-se a partir dos seguintes elementos:

- a) Os conhecimentos detidos pelas pessoas físicas intervenientes no facto colectivo, nos termos do art. 11.º/2, als. a) ou b), designadamente os dirigentes (verdadeiros *alter egos* do ente);
- b) Os conhecimentos acumulados ao nível dos órgãos e centros de liderança cujos contributos exprimem objectivamente um senhorio colectivo da execução do facto a imputar ao ente, conhecimentos estes que são agregados e dotados de sentido considerando vias formais e informais de comunicação dentro da pessoa colectiva e o seu usual modo de organização e funcionamento. Porventura, para a afirmação do elemento cognitivo do dolo, bastará que, em algum momento, um dirigente dos sectores envolvidos na realização do facto global tenha reunido o conhecimento necessário para fazer soar os “sinais de alarme” quanto à eventual existência de um crime em curso;
- c) As regras da experiência relativas às consequências da conduta colectiva em curso, empiricamente fundadas no concreto contexto dessa conduta e nos conhecimentos comprovadamente detidos pelas pessoas singulares, órgãos e centros de liderança nos termos referidos;

- d) O confronto das regras de experiência (empiricamente fundadas) quanto às consequências da conduta colectiva em curso com a linguagem social dos motivos e a respectiva lógica quanto às três formas de intencionalidade características do dolo directo, necessário ou eventual.

III

5. Como se distinguem as hipóteses previstas no artigo 11.º/8 do CP daquelas a que respeita o artigo 127.º/2 do CP? Por que são diferentes as consequências da fusão ou cisão relativamente às previstas no artigo 127.º/2 do CP? Há algum limite temporal para aplicação do regime do artigo 127.º/2 do CP? Porquê? (4 valores)

O art. 11.º/8 do CP refere-se às hipóteses de fusão (arts. 97.º-117.º do CSC) ou cisão (arts. 118.º-129.º do CSC) da pessoa colectiva subsequente à prática de um crime de catálogo. Este preceito determina a não extinção da responsabilidade criminal e a assunção da responsabilidade “pela prática do crime”, no caso de fusão, pela pessoa colectiva e equiparada em que a fusão se tiver efectivado, e, no caso de cisão, pelas pessoas colectivas e equiparadas resultantes da cisão.

Nestas situações a não extinção da responsabilidade criminal explica-se pela subsistência da pessoa colectiva infractora, i.e., do seu substrato material, organizativo, operativo e finalístico numa outra pessoa colectiva, justificando-se a realização de todas as finalidades preventivas gerais e especiais das penas criminais. Daí que nestes casos se não deva falar de uma transmissão da responsabilidade penal de uma pessoa colectiva para outra ou outras em violação do art. 30.º/3 da CRP; e possam aplicar-se às entidades resultantes da fusão ou cisão tanto penas principais, como acessórias ou substitutivas (arts. 90.º-A a 90.º-M do CP). O art. 196.º/5, al. b), do CPP, associa a cisão e a fusão a “alterações da identidade social” da pessoa colectiva arguida; alterações que, ainda assim, obrigam à prestação de novo TIR pelos representantes legais das novas entidades resultantes da fusão ou da cisão.

Nos casos de fusão, há uma transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra ou a constituição de uma nova sociedade para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas (art. 97.º/2 do CSC). Logo, a assunção de responsabilidade pela nova entidade resultante da fusão com a entidade infractora não suscita especiais problemas. Ao invés, nas hipóteses de cisão (art. 118.º do CSC), o património da entidade cindida não se mantém intacto, sendo dividido por outra ou outras entidades. O que pode impossibilitar a afirmação da permanência, na sua integralidade, do substrato material, organizativo, operativo e finalístico do ente infractor nas entidades resultantes da cisão, suscitando o problema da repartição da responsabilidade penal entre as entidades emergentes da cisão na proporção do substrato do ente infractor que cada uma recebeu.

Por seu turno o artigo 127.º/2 do CP respeita aos casos de extinção-dissolução da pessoa colectiva e equiparada. Segundo o art. 146.º do CSC, “a sociedade dissolvida entra imediatamente em liquidação”, mas “a sociedade em liquidação mantém a personalidade jurídica e (...) continuam a ser-lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições que regem as sociedades não dissolvida”. Daí que aquele preceito venha estabelecer que, ao contrário do que sucede com a pessoa (cuja morte extingue a responsabilidade criminal – art. 127.º/1), a extinção da pessoa colectiva não extingue a respectiva responsabilidade criminal, respondendo o seu património pelas multas e indemnizações em que a mesma for condenada. Há, aqui, portanto, uma limitação da responsabilidade penal, que deixa de ser plena (como nas hipóteses de fusão e cisão) para se limitar à aplicação da pena de multa. O que se compreende, pois, nos casos de extinção-dissolução, verifica-se o desmantelamento do substrato organizativo, operativo e finalístico da entidade infractora, com o concomitante desaparecimento das finalidades de prevenção especial que justificam a aplicação de penas acessórias e/ou substitutivas. Apenas subsistem as finalidades de prevenção geral de tutela dos bens jurídico-penais, suficientemente satisfeitas por via da aplicação da pena de multa.

O art. 127.º/2 do CP suscita a discussão de saber se há ou não algum limite temporal específico para a aplicação do respectivo regime. A questão surge perante o disposto no art. 160.º/2 do CSC: “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”.

Poderá a responsabilidade criminal do ente, determinada pelo art. 127.º/2 do CP, subsistir para lá da sua extinção e do desaparecimento de um património próprio que possa responder pelas multas e indemnizações?

O art. 73.º/8 da LdC contém disposição específica que visa responder a esta questão: “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”. Não obstante as coimas serem sanções (e não dívidas), este preceito parece dar cumprimento ao disposto no art. 163.º/1 do CSC: “Encerrada a liquidação e extinta a sociedade, os antigos sócios respondem pelo passivo social não satisfeito ou acautelado, até ao montante que receberam na partilha, sem prejuízo do disposto quanto a sócios de responsabilidade ilimitada”. Contudo, resta saber se, depois de encerrada a liquidação e de extinta a pessoa colectiva, ainda se pode falar de cumprimento de uma sanção, ou, tão-só, de uma garantia de pagamento da coima, por parte dos seus ex-sócios.

Inexistindo no CP norma paralela ao art. 73.º/8 da LdC, que transmude a responsabilidade penal da pessoa colectiva infractora (art. 127.º/2 do CP) numa mera garantia de pagamento das multas e indemnizações pelos seus antigos sócios, a conclusão que parece impor o princípio da legalidade penal é a da limitação temporal do regime consagrado no art. 127.º/2 do CP à subsistência da personalidade colectiva e de um património próprio que possa responder pelas multas e indemnizações em que aquela for condenada. Ou seja: até ao registo do encerramento da liquidação, a menos que, entretanto, já tenha decorrido o prazo de prescrição da responsabilidade criminal ou da pena (arts. 118.º/3 e 122.º/3 do CP).

Lisboa, 11 de Fevereiro de 2023

Teresa Quintela de Brito