

I

Considere o Sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 9.10.2017, Proc. n.º 23/14.2GCVPA.G1, Relatora Alda Casimiro:

I) Não se verificam os pressupostos para a atribuição de responsabilidade penal a pessoa colectiva numa situação como a dos autos em que se conclui dos factos provados que o crime em causa não foi cometido por pessoa que ocupe liderança na pessoa colectiva, pois que o arguido não é órgão nem representante da sociedade, nem tem autoridade para exercer o controlo (fiscalização) da actividade da pessoa colectiva.

II) É que o arguido era um mero trabalhador, que na altura da prática dos factos desempenhava funções de chefia na equipa que laborava no terreno e, por outro lado, embora tenha cometido o ilícito enquanto trabalhava em nome e no interesse da pessoa colectiva, não se provou (nem estava alegado) que a prática do crime só ocorreu em virtude de uma violação, por parte do líder, dos seus deveres de controlo e supervisão”.

Responda fundamentadamente às seguintes questões:

1. Por que se exige a intervenção na prática do facto colectivo de pessoas físicas que ocupem posição de liderança na organização da pessoa jurídica a responsabilizar? Como se determina a posição de liderança para efeitos de imputação de responsabilidade ao ente colectivo pela prática de determinado crime? (3 valores)
2. No caso dos autos, para atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica pelo crime de incêndio florestal, previsto no artigo 274.º/4, do CP, bastaria alegar e provar a violação do dever de vigilância ou controlo por parte de pessoa que nela ocupa posição de liderança, como sugere o Acórdão do TRG? Ou exige-se algo mais? O quê e porquê? (3,5 valores)
3. Atente agora no disposto artigo 401.º/2 e 3, do Código dos Valores Mobiliários (CVM)¹, que diferenças encontra face aos critérios de imputação de responsabilidade ao ente colectivo consagrados no artigo 11.º/2, 4 e 6, do CP? São mais amplos ou mais restritos os critérios de imputação de responsabilidade contra-ordenacional à pessoa colectiva vertidos no artigo 401.º/2 e 3 do Código dos Valores Mobiliários? Justifica-se a diversidade de critérios de imputação de responsabilidade contra-ordenacional, incluindo a possibilidade de a contra-

¹ “2 - As pessoas coletivas e as entidades (...) equiparadas (...) são responsáveis pelas contraordenações previstas neste Código quando os factos tiverem sido praticados, no exercício das respetivas funções ou em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores.

3 - A responsabilidade da pessoa coletiva é excluída quando o agente atue contra ordens ou instruções concretas, individuais e expressas daquela, transmitidas ao agente, por escrito, antes da prática do facto”.

ordenação cometida por um trabalhador desencadear responsabilidade do ente colectivo? (4,5 valores)

II

Considere o disposto no artigo 121-2, 1.º e 3.º parágrafo², do Código Penal Francês, e responda fundamentadamente às seguintes questões:

4. A pessoa colectiva pode (ou não) ser responsabilizada como co-autora, autora mediata, instigadora ou cúmplice dos factos praticados pelos seus titulares de órgãos, representantes, dirigentes ou trabalhadores? Porquê? (3,5 valores)
5. Face à Constituição, a pessoa colectiva pode (ou não) responder pelos mesmos factos imputados às pessoas físicas a ela funcionalmente ligadas? Porquê? (3,5 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. Por que se exige a intervenção na prática do facto colectivo de pessoas físicas que ocupem posição de liderança na organização da pessoa jurídica a responsabilizar? Como se determina a posição de liderança para efeitos de imputação de responsabilidade ao ente colectivo pela prática de determinado crime? (3 valores)

Respondendo à primeira parte da pergunta, exige-se a intervenção na prática do facto colectivo de pessoas físicas que ocupem posição de liderança na organização do ente, por três razões essenciais:

- (i) *Fundamento da responsabilidade penal das pessoas colectivas* é o seu domínio da organização, tanto para a execução do facto típico como para a sua não comissão (este último domínio constitui pressuposto da imputabilidade penal ou da culpa colectiva).

Ora, o ente exerce o seu domínio da organização para a execução do facto por intermédio das pessoas físicas que dominaram a realização típica do facto a imputar àquele, por via do respectivo domínio pessoal sobre a parte da organização colectiva envolvida na prática daquele facto. Ou seja: o ente domina a organização para a execução do facto típico através das pessoas singulares que, relativamente ao concreto facto que irrompe da sua organização, nesta ocupam

² “As pessoas colectivas, excluindo o Estado, serão criminalmente responsáveis, de acordo com as distinções dos artigos 121-4 a 121-7 [autoría, cumplicidade e/ou tentativa], pelas infracções cometidas em seu nome pelos seus órgãos ou representantes.

(...)

A responsabilidade criminal das pessoas colectivas não exclui a das pessoas singulares que sejam autoras ou cúmplices dos mesmos factos (...).”

posição de liderança por serem titulares de órgãos, representantes-dirigentes ou por terem autoridade para exercer o controlo sobre o/s sector/es de actividade em que ocorreu tal facto;

- (ii) *Somente as pessoas que, quanto ao concreto facto colectivo, ocupam posição de liderança na organização colectiva podem vincular a pessoa jurídica à prática desse facto.* Assim sucede, porque esta os investiu, expressa ou tacitamente, no exercício de funções, competências, poderes e tarefas que lhes permitem actuar em seu nome, i.e., manifestar a sua vontade, e que os habilitaram especialmente para intervir naquele facto colectivo;
- (iii) O modelo misto de hétéro (art. 11.º/2) e auto-responsabilidade (art. 11.º/4, 6 e 7), consagrado no CP, também assenta da *teoria da identificação do ente colectivo com as pessoas físicas que nele ocupam posição de liderança*. Pessoas com as quais o ente mantém e vive numa *relatio in altero*, i.e., uma relação em que esse outro está necessariamente presente, pois dele depende o seu acesso à discursividade jurídica, incluindo a discursividade jurídico-penal. Por outras palavras: as pessoas físicas que, relativamente ao concreto facto colectivo, nele intervieram em posição de liderança são os *alter egos* da pessoa jurídica, de modo que os seus contributos podem ser imputados ao ente como factos próprios deste.

Respondendo à segunda parte da pergunta, a posição de liderança não se determina em abstracto tendo em conta o organigrama da pessoa colectiva e averiguando quem tem em geral poderes de administração e direcção, relativamente a toda a organização colectiva, ou poderes gerais ou específicos de representação externa do ente.

Deve partir-se do concreto facto colectivo a imputar ao ente, nas suas circunstâncias de tempo, modo e lugar, considerando, ainda, os eventuais subalternos envolvidos, a fim de determinar quais foram as pessoas físicas que, neste quadro, intervieram na prática desse facto exercendo uma posição de liderança ou os órgãos e centros de liderança que, em face desse facto, operaram como centros de decisão, direcção e vigilância.

Elucidativamente o n.º 4 do art. 11.º do CP inclui os órgãos (e não apenas dos titulares de órgãos) e usa a fórmula indeterminada, “quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da actividade colectiva”, para definir as “pessoas que ocupam posição de liderança”. Assim, sugere que o facto colectivo, além dos contributos individuais mencionados no n.º 2, integra contributos prestados por órgãos e centros de liderança que exprimem o senhorio colectivo da execução do facto a imputar ao ente.

2. No caso dos autos, para atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica pelo crime de incêndio florestal, previsto no artigo 274.º/4, do CP, bastaria alegar e provar a violação do dever de vigilância ou controlo por parte de pessoa que nela ocupa posição de liderança, como sugere o Acórdão do TRG? Ou exige-se algo mais? O quê e porquê? (3,5 valores)

A resposta é negativa. Nos casos previstos na al. b) do n.º 2 do art. 11.º, não apenas o subalterno deve intervir na prática do facto colectivo agindo em nome ou por conta e no interesse do ente, mas também o dirigente que violou os seus deveres de vigilância ou controlo sobre aquele, permitindo assim a conduta do subordinado. Ou seja, *a violação do dever de vigilância ou controlo sobre o subalterno* não pode ser uma falha pessoal do dirigente,

mas deve corresponder ao ou explicar-se pelo modo de organização, funcionamento, prossecução da finalidade social e/ou à cultura corporativa do ente, exprimindo, portanto, uma deficiência da sua estrutura operativa e/ou de cumprimento normativo. Esta a conclusão que se impõe face ao disposto no art. 11.º/6, que se reporta às hipóteses previstas nas als. a) e b) do n.º 2, tendo em conta que, em ambas as alíneas, o dirigente é o agente decisivo do facto a imputar à pessoa colectiva.

Além disso, tratando-se de um crime de incêndio florestal negligente, *haveria de demonstrar e provar a negligência do ente colectivo*. A autonomia da respectiva responsabilidade penal (art. 11.º/6 e 7) obsta à transferência e imputação ao ente da negligência da pessoa singular agente do facto colectivo. A negligência da pessoa colectiva relativamente ao facto concreto deveria ser construída e afirmada tendo em conta:

- (i) Os conhecimentos detidos pelos subalternos intervenientes na prática do crime de incêndio florestal nos termos do art. 11.º/2, al. b), e pelo respectivo superior;
- (ii) Os conhecimentos acumulados (por vias formais ou informais de comunicação) e agregados num todo com sentido (considerando o modo de organização e funcionamento do ente), ao nível dos órgãos e/ou centros de liderança cujos contributos exprimem um senhorio colectivo sobre a execução do crime em causa. Por exemplo, sabia-se, em algum destes níveis, que os trabalhadores tinham o hábito de, na floresta, pararem para almoçar, deixando os restos de madeira a acabar de queimar sem vigilância;
- (iii) A confrontação desses conhecimentos com o concreto contexto da acção e com as regras de cuidado que este contexto acciona à luz da experiência comum, regras de cuidado que poderiam e deveriam ter sido cumpridas ou asseguradas pela pessoa colectiva por via dos seus órgãos, centros de liderança e dirigentes funcionalmente envolvidos na realização daquele crime de incêndio florestal.

3. Atente agora no disposto artigo 401.º/2 e 3, do Código dos Valores Mobiliários (CVM), que diferenças encontra face aos critérios de imputação de responsabilidade ao ente colectivo consagrados no artigo 11.º/2, 4 e 6, do CP? São mais amplos ou mais restritos os critérios de imputação de responsabilidade contra-ordenacional à pessoa colectiva vertidos no artigo 401.º/2 e 3 do Código dos Valores Mobiliários? Justifica-se a diversidade de critérios de imputação de responsabilidade contra-ordenacional, incluindo a possibilidade de a contra-ordenação cometida por um trabalhador desencadear responsabilidade do ente colectivo? **(4,5 valores)**

O art. 401.º/2 do CVM é bem mais amplo do que o art. 11.º/2 e 4 do CP, no que concerne aos critérios de imputação de responsabilidade aos entes colectivos:

- (i) Ao alargar aos mandatários, a quaisquer representantes (mesmo que não dirigentes) e aos trabalhadores o círculo de pessoas físicas cujos factos podem suscitar responsabilidade da pessoa colectiva;
- (ii) Ao contentar-se com a exigência de que os factos constitutivos das contra-ordenações sejam cometidos pelas pessoas físicas indicadas no exercício das suas funções em nome ou por conta da pessoa colectiva, prescindindo assim da exigência de uma actuação no interesse colectivo como condição positiva de responsabilização do ente. Assiste-se, assim, a uma presunção de actuação no interesse colectivo perante a prática dos factos constitutivos da contra-

ordenação pelas pessoas referidas no exercício das suas funções. Presunção que a pessoa colectiva só poderá ilidir lançando mão do disposto no n.º 3 do art. 401.º do CVM.

Já quanto à exclusão da responsabilidade colectiva, o art. 401.º/3 do CVM revela-se bem mais restritivo do que o n.º 6 do art. 11.º do CP, ao exigir a demonstração pelo ente de uma actuação do agente singular contra ordens ou instruções “concretas, individuais e expressas, transmitidas ao agente, por escrito, antes da prática do facto”. Ou seja, face ao n.º 3 do art. 401.º/3 do CVM, a adopção e implementação, em todos os escalões da pessoa colectiva, de um programa de cumprimento normativo adequado, eficaz, permanentemente auditado e actualizado, não basta para afastar a responsabilizar do ente, como sucede em face do art. 11.º/6 do CP. Tal programa encerra ordens ou instruções gerais (ainda que específicas de certo sector de actividade) expressas, claras, efectivas e eficazes contrárias à prática da infracção, naturalmente emitidas antes da respectiva comissão, mas não ordens ou instruções concretas, individuais e transmitidas por escrito ao agente antes da realização do facto.

O preceituado no art. 401.º/3 do CVM pode induzir as pessoas colectivas a proceder à emissão formal de ordens ou instruções com estas características, a fim de se exonerarem de responsabilidade pela prática de contra-ordenações, independentemente do grau de supervisão e controlo que realmente exercem sobre o cumprimento das mesmas, da respectiva cultura de (in)cumprimento normativo e/ou de uma cultura corporativa desligada dos valores sociais e jurídicos.

Justifica-se a diversidade dos critérios de imputação de responsabilidade ao ente no Direito Penal e no Direito de Mera Ordenação Social (DMOS), desde logo atenta a diversidade dos ilícitos em causa e da respectiva estrutura característica.

Consubstanciando-se tipicamente os ilícitos de mera ordenação social no incumprimento de deveres jurídicos que condicionam o desempenho de certos papéis económico-sociais, assumem em regra a estrutura de infracções de violação de dever, as quais são imputadas aos destinatários de tais deveres. Ora, sendo tais papéis económico-sociais crescentemente assumidos por pessoas colectivas, justifica-se que estas sejam destinatárias dos tipos contra-ordenacionais em pé de igualdade com as pessoas físicas. Diferentemente, a responsabilidade penal de entes colectivos é excepcional, pelo menos ao nível do Código Penal.

À diversidade dos ilícitos e da respectiva estrutura característica (os crimes são tipicamente condutas lesivas ou perigosas para bens jurídicos fundamentais da pessoa ou colectividade) acresce o diferente sentido da censura e da sanção contra-ordenacional. A culpa contra-ordenacional traduz-se na mera imputação do facto à responsabilidade social do agente e, assim, na reprovação pelo incumprimento dos deveres jurídicos que condicionam o desempenho de certo papel económico-social. A sanção contra-ordenacional tem o sentido de severa advertência ou admoção dirigida ao infractor para que não volte a prevaricar, desincentivando-o de o fazer (prevenção especial negativa), do mesmo passo que se emite um “aviso” aos potenciais infractores de que a infracção não compensa e de que não vale a pena assumirem o risco de prevaricar (prevenção geral negativa).

Tanto a natureza e estrutura do ilícito contra-ordenacional como o sentido da censura e da sanção contra-ordenacional são bem mais compatíveis com as pessoas colectivas do que o ilícito, a culpa e a sanção penal, justificando-se uma plena responsabilização destas

no âmbito do DMOS. Por outro lado, o carácter subsidiário e de *ultima ratio* da intervenção penal impõe que sejam mais restritos os critérios de imputação de responsabilidade criminal ao ente do que os vigentes no DMOS.

Mais duvidosa é a legitimidade da imputação de responsabilidade contra-ordenacional ao ente perante a prática dos elementos constitutivos da infracção por um mandatário ou trabalhador. Nem um, nem outro têm poderes para vincular a pessoa jurídica à realização da contra-ordenação em causa, impedindo que esta seja vista como expressão da vontade colectiva. Então entra-se no campo da responsabilidade objectiva da entidade-comitente pelos ilícitos cometidos pelos seus comissários no exercício das respectivas funções. Responsabilidade (presumida) que só excepcionalmente será afastada, através de uma inversão do ónus da prova desfavorável ao ente colectivo.

II

Considere o disposto no artigo 121-2, 1.º e 3.º parágrafo, do Código Penal Francês, e responda fundamentadamente às seguintes questões:

4. A pessoa colectiva pode (ou não) ser responsabilizada como co-autora, autora mediata, instigadora ou cúmplice dos factos praticados pelos seus titulares de órgãos, representantes, dirigentes ou trabalhadores? Porquê? (3,5 valores)

A resposta é negativa, por três razões fundamentais.

Primeira: identificando-se a pessoa colectiva com as pessoas físicas através das quais comete o crime, *falta, do seu lado, a diversidade de pessoas característica da participação criminosa*. Esta pressupõe identidade de tipo incriminador *vs.* diversidade de pessoas, de contributos e/ou de posições participativas.

Segunda: só nos casos previstos no art. 11.º/2, al. a), do CP, há identidade do tipo incriminador imputado ao ente e ao dirigente que cometeu o crime de catálogo que àquele está a ser imputado. O que já não sucede nas hipóteses previstas na al. b) do n.º 2. Logo, falta a identidade de tipo incriminador, característica da participação criminosa.

Terceira: não é clara a aplicação dos arts. 26.º e 27.º do CP, relativos aos tipos participativos, à pessoa colectiva, correndo-se mesmo o risco de tal aplicação violar a proibição de analogia incriminadora (art. 1.º/3 do CP). O ente parece somente responder a título de autoria (porventura singular e paralela) uma vez verificados os critérios de imputação descritos no art. 11.º/2, 4, 6 e 7 do CP.

5. Face à Constituição, a pessoa colectiva pode (ou não) responder pelos mesmos factos imputados às pessoas físicas a ela funcionalmente ligadas? Porquê? (3,5 valores)

Duplo objectivo da pergunta: averiguar se a responsabilidade penal cumulativa das pessoas colectiva e singular é uma responsabilidade pelos mesmos factos naturalísticos e se viola o art. 29.º/5 da CRP.

A *responsabilidade penal cumulativa prevista no art. 11.º/7 do CP não é uma responsabilidade pelos mesmos factos naturalísticos das pessoas colectiva e singular*. Nas situações a que se refere o art. 11.º/2, al. a), existirá uma identidade de tipo

incriminador imputado ao ente e ao dirigente que praticou o crime de catálogo. Mas identidade de tipo incriminador não significa identidade de factos naturalísticos. O crime cometido pelo dirigente só poderá ser imputado à pessoa colectiva se tiver sido por este perpetrado em nome ou por conta e no interesse colectivo. Ora, a comprovação destes requisitos depende de factos naturalísticos da própria pessoa jurídica - *v.g.* outorga expressa ou tácita de uma posição de liderança; modo de organização, funcionamento e/ou prossecução da finalidade social; implementação ou não implementação de uma cultura de cumprimento normativo e/ou de uma cultura corporativa sensível aos valores sociais e jurídicos.

A responsabilidade penal cumulativa das pessoas colectiva e singular também não viola a proibição de *ne bis in idem*, pois esta respeita à dupla valoração e punição do mesmo sentido de ilicitude, com o mesmo conteúdo aflitivo e relativamente ao mesmo agente. Pois bem, há diversidade de sujeitos jurídicos (a pessoa colectiva não se confunde nem limita à/s pessoa/s física/s agente/s do facto colectivo); é completamente diverso o sentido do ilícito imputado à pessoa jurídica, ainda que parcialmente dependente de contributos materiais prestados por pessoas físicas a ela funcionalmente ligadas (contributos estes que podem ou não ser individualmente típicos e reconduzir-se a tipos diferentes do imputado ao ente); inexistente confusão possível do conteúdo aflitivo das penas principais, acessórias e substitutivas aplicáveis às pessoas colectivas (arts. 90.º-A a 90.º-M do CP) com o daquelas aplicáveis às pessoas físicas intervenientes na prática do facto colectivo.

Lisboa, 13 de Fevereiro de 2023

Teresa Quintela de Brito