

Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito

2012-2013

**Da imputação do crime de branqueamento de
capitais às pessoas jurídicas**

- uma análise dos n.ºs 2,4,6 e 7 do art.11º do Código Penal -



Orientador: Dr. Pedro Caeiro

2º Ciclo de estudos em Direito

Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais

Catarina Quatorze Correia

*Aos meus pais, irmã, e todos os
(maravilhosos) amigos que me
acompanharam ao longo destes anos. E
como não poderia deixar de ser,
obrigada Joana Sousa, pela amizade em
todos os momentos.*

MODO DE CITAR

Sempre que citarmos uma obra, artigo de revista ou artigo incluído em obra colectiva fá-lo-emos da seguinte forma: identificaremos o autor e, entre parênteses o ano da respectiva obra ou artigo, e identificação da(s) página(s). No caso do mesmo autor ter duas ou mais obras do mesmo será usada numeração romana para as distinguir (a título de exemplo: (2001) I , (2001) II).

Na bibliografia final serão disponibilizados todos os elementos relativos às mesmas, em relação a obras ou monografias será feito da seguinte forma: identificação do autor , título, volume (no caso de haver mais do que um) e ano. No caso de artigos de revistas: nome do autor, título do artigo, nome da revista, publicação, ano.

Nesta bibliografia a ordenação das obras será feita por ordem alfabética, e, caso existam mais do que uma obra ou artigo do mesmo autor seguir-se-á uma ordem cronológica.

INTRODUÇÃO

A ideia para este trabalho surgiu do interesse despertado pelo crime de branqueamento de capitais: da sua actualidade e complexidade nasceu a vontade de nos debruçarmos sobre o mesmo. Ao iniciar uma investigação nesse sentido começou tornar-se evidente que esta é já uma área amplamente explorada, pelo que se impunha encontrar uma forma de estudar o referido tema a partir de uma perspectiva diferente. Esse caminho abriu-se ao depararmo-nos com a questão (também ela de grande actualidade) da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

A ligação entre os dois surgiu naturalmente: será ponto fulcral do nosso trabalho a imputação do crime de branqueamento de capitais às pessoas jurídicas. Propomo-nos, então, a fazer uma (humilde) contribuição para desbravar este complicado tema, ainda relativamente pouco estudado pela doutrina, que começa, no entanto a debruçar-se sobre o mesmo, impulsionada pela crescente importância que ambos os temas vem assumindo na sociedade actual¹.

Convém notar que a criminalidade praticada no seio da pessoa colectiva apresenta algumas particularidades, desde logo, podemos desvendar duas realidades: a imputação do crime à pessoa física e à pessoa jurídica. Como dissemos já, o nosso propósito é debruçar-nos, primordialmente, sobre a segunda. Contudo, veremos que estas não são realidades estanques, pelo que abordaremos igualmente a primeira.

¹ Neste sentido, vale a pena transcrever uma passagem de um texto do autor JORGE DOS REIS BRAVO, que vai precisamente ao encontro do que está subjacente a este trabalho: “[n]este contexto sócio-económico e jurídico-cultural de uma época de *globalização* – em que avulta a importância das formas de intervenção dos entes corporativos ou colectivos, nomeadamente no comércio mundial – as exigências de aperfeiçoamento de novas formas de imputação da responsabilidade criminal ganham algum significado acrescido, designadamente no que tange à responsabilidade penal dos entes colectivos, com incontroversa preponderância no âmbito do Direito Penal Económico. Não que tais exigências sejam perspectivadas como algo de inédito; simplesmente assumindo nova dimensão, ante um fenómeno, esse sim, totalmente novo, e que consiste na constituição de entes colectivos exclusiva ou predominantemente vocacionados ou direccionados para a prática de crimes, enquanto meros instrumentos jurídico-formais dos seus detentores individuais efectivos”, JORGE DOS REIS BRAVO (2011), p.157. Ainda no mesmo sentido FERNANDO TORRÃO sublinha que a “vida económica se foi tornando mais complexa com a crescente intervenção da empresa, enquanto ente que veio facilitar a prossecução de escopos económicos. E muito por via desta complexidade, o mundo do direito penal foi-se apercebendo da importância das pessoas colectivas e constatando que a maior parte dos crimes económicos só se tornava praticável atendendo à posição de determinados sujeitos económicos, muitos dos quais se configuravam, precisamente, como complexas empresas”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.57.

No fundo, o objectivo principal desta investigação é analisar os n.ºs 2, 4,6 e 7 do art. 11º do C.P., - (onde se encontram consagrados os critérios de imputação do facto ilícito à pessoa jurídica), pelo que todas as temáticas que eventualmente forem abordadas dentro destas realidades terão sempre como fim compreender esta norma, compreender como imputar um crime às pessoas jurídicas, um crime – neste caso - de branqueamento de capitais.

NOTA: este trabalho *não* segue o novo acordo ortográfico, por opção nossa.

MÉTODO

O método que nos propomos a seguir é o seguinte: em primeiro lugar cremos que será conveniente começar por aquele que foi o ponto de partida deste trabalho, o crime de branqueamento de capitais. De uma forma concisa pretendemos explicar os principais traços deste crime.

Num segundo momento debruçar-nos-emos sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, aqui ainda de um ponto de vista mais genérico, no sentido que abordaremos apenas a evolução desta responsabilidade, o seu estado actual noutros ordenamentos jurídicos, bem como questões dogmáticas de grande relevância, como a culpa e a capacidade de acção destas entidades, pontos de partida imprescindíveis de qualquer discussão acerca da responsabilidade penal das mesmas.

Feita esta “introdução” ao tema, chegamos ao ponto crucial do nosso trabalho: a imputação do crime de branqueamento de capitais às pessoas jurídicas. Aqui levantam-se inúmeras e complexas questões: quais os critérios de imputação objectivos e subjectivos do facto ilícito? Que modelos de responsabilidade se admitem neste campo? Iremos procurar dar uma resposta a todas elas, analisando, minuciosamente, o art.11º, nos seus n.ºs 2, 4,6 e 7.

1. O crime de branqueamento de capitais: conceito e evolução legislativa

Muito embora o ponto principal deste trabalho acabe por não incidir exactamente sobre o crime de branqueamento de capitais², é incontornável que nos debrucemos, antes de mais, sobre este tema. Não procuramos fazer uma exposição exhaustiva – nomeadamente porque tal já foi feito por diversos autores - em nenhum dos pontos sob os quais o vamos abordar, mas tão só fazer uma breve explanação que permita compreender esta figura, a sua relevância na nossa sociedade actual³, e mais do que isso: o seu papel articulado com o papel das pessoas jurídicas no seio dessa sociedade.

Em primeiro lugar, o que é o branqueamento de capitais?⁴ Não raras vezes este é definido como “um **processo**⁵, mais ou menos complexo, mediante o qual se pretende ocultar a origem ilícita de determinados bens, tendo em vista a sua introdução no mercado lícito”⁶. Trata-se de um processo geralmente bastante complexo, no qual se distinguem, habitualmente, **três fases**⁷: *placement* (colocação), *layering* (circulação ou dissimulação) e *integration* (integração). A primeira consiste na fase em que o proveito do crime se encontra ainda em notas, e portanto o agente precisa de se desembaraçar do mesmo. Normalmente fá-lo-á através de depósito bancário, dividindo o total em pequenos montantes. Na segunda fase, o agente procederá à realização de inúmeras

² Previsto no art. 368º-A do Código Penal.

³ A este propósito JORGE DOS REIS BRAVO: “embora o tráfico de droga constitua o sector de actividade mais relevante da nova economia do crime, todos os tipos de tráfico são praticados por esse sistema sombra cujo poder se estende por todo o mundo: armas, tecnologia, materiais radioactivos, obras de arte, seres humanos, órgãos humanos, assassinos a soldo e contrabando dos mais diversos produtos de e para qualquer parte do mundo. Estão **todos interligados pela mãe de todos os crimes - a lavagem de dinheiro. Sem ela, a economia do crime não seria global nem altamente lucrativa.**” (sublinhado nosso), JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.58.

⁴ É comum que sejam utilizadas outras expressões como “lavagem de dinheiro” ou, em inglês “*money laundering*”. A título de curiosidade a expressão inglesa foi originalmente usada nos E.U.A., e surgiu porque as máfias americanas dos anos 20 e 30 recorriam a negócios de redes de lavandarias (lícitos, portanto) para “lavar” o seu dinheiro sujo proveniente de actividades ilícitas, BENJA SATULA (2010), p.17.

⁵ Sublinhado nosso.

⁶ Definição formulada por LUÍS GOES PINHEIRO (2002), p.603.

⁷ Também há autores que se referem apenas a duas fases, é o caso de RODRIGO SANTIAGO, que fala apenas em “*money laundering*” e “*recycling*”, RODRIGO SANTIAGO (1994) p.501 e 502. JORGE GODINHO aponta que esta repartição bifásica foi frequentemente usada até ao final dos anos 80, altura em que a generalidade dos autores adoptaram a repartição do processo por 3 fases. Também o GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional, em inglês *FATF, Financial action task force on money laundering*) adoptou esta última, JORGE GODINHO (2001), p.39.

operações⁸ – como transacções ou conversões⁹ – que assumem hoje, frequentemente, um carácter internacional. O objectivo é que o dinheiro circule por inúmeras contas de forma a que não seja possível chegar à sua origem. Por fim, com a última fase pretende-se que o dinheiro aparente provir de uma fonte legítima, e possa então ser utilizado na aquisição de serviços e bens.

É já possível perceber porque nos referimos a este processo como complexo. De facto, todas estes passos são cautelosamente pensados para que seja quase impossível desvendar a origem do dinheiro e, conseqüentemente, para que os agentes possam desfrutar dos proveitos dos seus actos ilícitos.

Da grande dificuldade em combater este crime surgiu a necessidade de, mais do que procurar a repressão do mesmo, preveni-lo¹⁰. E é neste contexto que surgem os deveres (de prevenção) que irão vincular determinadas entidades e sobre os quais nos iremos deter posteriormente.

Se atentarmos na génese deste crime percebemos que o mesmo existe desde que surgiu a necessidade de dar uma aparência lícita a rendimentos provenientes de actividades ilícitas – portanto desde há largos séculos¹¹. Salienta LUÍS GOES PINHEIRO que se calcula que já na Idade Média, quando a usura era considerada crime - e pecado mortal pela Igreja Católica - “mercadores e prestamistas, ao receberem o dinheiro dos juros, realizavam um conjunto de práticas que antecipavam as actuais técnicas de branqueamento”¹². No entanto, este não assumiu relevância penal até que o fenómeno começou a atingir proporções relevantes: sensivelmente a partir da década de 70 verificou-se que o branqueamento estava muito frequentemente associado ao tráfico de

⁸ Como (bem) sublinha JORGE GODINHO, a expressão inglesa “*layering*” é a que melhor descreve esta fase. Trata-se de criar “várias «camadas» (*layers*) entre a origem real e a que se pretende visível, para assim dissimular a origem dos fundos”, JORGE GODINHO (2001), p. 39 (n.69) e 41.

⁹ Esta fase pode assumir variadas formas, como aponta BENJA SATULA: “depósitos em empresas fantasma, transferências para entidades *offshore*, investimentos nos distintos produtos e serviços financeiros e imobiliário”, BENJA SATULA (2010), p. 32.

¹⁰ Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA: “mais importante do que a repressão é a prevenção (...) de modo que se o agente não puder ou tiver dificuldade em tirar proveito das vantagens geradas pela prática do crime não terá incentivo patrimonial para a sua prática”, GERMANO MARQUES DA SILVA, (2009) II, p.272.

¹¹ Assim, aponta BLANCO CORDERO: “A lo largo de siglos el blanqueo de capitales ha sido practicado por personas que obtenían beneficios económicos de actividades ilícitas. Secuestradores, ladrones de bancos, estafadores, políticos corruptos, defraudadores, fiscales, ladrones de todo tipo y otros delincuentes han llevado a cabo actividades de blanqueo de capitales mucho tiempo antes que el término fuese acuñado en el marco del tráfico de drogas (...)”, JORGE GODINHO *apud* BLANCO CORDERO (2001), p.61.

¹² LUÍS GOES PINHEIRO (2002), p.604 (n.4).

estupefacientes, e a organizações criminosas de grande dimensão^{13 - 14} (e por isso associado à movimentação de somas de dinheiro extraordinárias). Nas palavras de JORGE GODINHO “(...) foi em ligação com a criminalidade organizada que o fenómeno do branqueamento de capitais ganhou projecção e é nele que adquire a sua maior expressão”¹⁵, o mesmo autor sublinha ainda que assim é em virtude da “(...) necessidade de «reciclar» capitais no funcionamento da empresa criminal”¹⁶.

É precisamente no âmbito do tráfico de estupefacientes¹⁷ que surgem, em muitos países, leis criminalizadoras do branqueamento de capitais, vejamos.

Um dos primeiros instrumentos legislativos¹⁸ nesta área foi a *Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão, e Perda de*

¹³ Falamos aqui de criminalidade organizada. Trata-se de uma realidade que surgiu por volta dos anos 30 nos E.U.A., mas que assume nos anos 70 grande relevância em virtude da actuação de vários grupos terroristas; uma realidade de difícil caracterização. Na verdade o conceito de criminalidade organizada é bastante mutável, depende antes de mais da realidade espaço-temporal, i.e., daquilo que, em determinada sociedade e momento se considera como sendo ilícito. Assim, não é possível dar uma noção concreta desta figura, caracterizar-se-á, nomeadamente: pela sua actuação num espaço geográfico alargado, pela actuação destinada à obtenção de lucros, pela existência de uma cadeia hierárquica entre os seus membros. Estas organizações dedicam-se habitualmente à prática de variados crimes (são exemplos o tráfico de armas e de seres humanos). É consensual que, para combater este tipo de criminalidade grave, é necessário mais do que apenas combater as actividades que envolve: é crucial apreender os benefícios que esta gera.

¹⁴ LUÍS GOES PINHEIRO aponta a Itália como o primeiro país onde este crime assumiu “relativa relevância penal”: por volta dos anos 70, encontrando-se o país a atravessar uma séria crise social, registou-se um aumento significativo da criminalidade organizada. Os casos de roubo, extorsão e sequestro de pessoas proliferavam e era necessário conjugar esforços para que os lucros provenientes destes actos ilícitos fossem interceptados e impedidos de entrar no circuito económico. Surge neste contexto legislação de emergência com esse objectivo, e incluía-se nesta o crime de *riciclaggio*, LUÍS GOES PINHEIRO (2010), p.604 (n.6).

¹⁵ JORGE GODINHO (2001), p. 31.

¹⁶ JORGE GODINHO (2001), p. 36.

¹⁷ Neste contexto sublinha JORGE GODINHO que, na verdade, a luta contra este fenómeno começou por ter um âmbito interno (nos E.U.A.), só mais tarde – já na década de 80- tendo assumido uma escala internacional. Foi assim porque se verificou neste país uma verdadeira “guerra à droga”, levada a cabo pela administração do presidente Nixon. Inicialmente as medidas tomadas neste âmbito, com o objectivo de controlar o branqueamento de capitais não tinham natureza penal (o *Currency and Foreign Transactions Reporting* – primeira lei a surgir neste contexto -, veio criar uma série de deveres para o sistema financeiro, e várias excepções ao segredo bancário. Passou a ser obrigatória a conservação dos registos para o referido sistema, assim como a comunicação de transacções que estivessem acima de determinado montante, por exemplo. Como veremos, este tipo de obrigações vieram, mais tarde a surgir também na Europa), o referido autor aponta que “[a] criação do tipo de branqueamento de capitais só se daria mais tarde, em 1986”, JORGE GODINHO (2001) p. 49 a 63.

¹⁸ Antes deste havia já surgido a Recomendação do Conselho da Europa (1980) dirigida à transferência e dissimulação de fundos de origem ilícita; a Declaração de Basileia - em 1988 - que visava prevenir que o sistema bancário contribuisse para facilitar este crime, aprovada pelos Bancos Centrais dos Estados Membros de então (esta estabeleceu importantes princípios, que foram posteriormente a base de alguns dos deveres de prevenção sobre os quais versaremos); a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (assinada em Viena em 1988) e, por fim, foi ainda realizada uma cimeira em Paris que culminou no surgimento do GAFI (Grupo de Acção financeira).

*Produtos do Crime*¹⁹⁻²⁰ (1990). Esta deu uma relativa liberdade às partes, embora impondo a obrigação de as mesmas criminalizarem o branqueamento de produtos do crime, nas suas várias modalidades. Mais tarde, a *Decisão-Quadro do Conselho da Europa* (2001) veio diminuir a liberdade dos Estados-Membros nesta matéria, obrigando-os a respeitar na íntegra o art. 6º da *ConvBr* sempre que em causa estejam infrações consideradas *graves*²¹.

Em relação ao nosso ordenamento jurídico, a punição deste crime surgiu inicialmente ligada apenas ao tráfico de estupefacientes (Decreto-Lei 15/93), alargando-se depois a outras infracções de igual ou superior gravidade social (Decreto-Lei 325/95, no seu art.2º enumera: terrorismo; tráfico de armas; extorsão de fundos; rapto; lenocínio e corrupção). A Lei 12/2002 (11 de Fevereiro) vem, por sua vez, acrescentar no seu art.2º: tráfico de produtos nucleares, de pessoas, de órgãos ou tecidos humanos, de espécies protegidas, pornografia envolvendo menores, fraude fiscal e “demais crimes punidos por lei com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos”. O art.368º-A do Código Penal²² acrescenta a este leque o abuso sexual de crianças ou menores dependentes, o tráfico de influência, e os “factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos”.

1.1. A prevenção

É inevitável, ao falar neste ponto, referir a Directiva 91/308/CEE. Foi esta que num primeiro momento veio impor um conjunto de deveres a determinadas entidades do sistema financeiro (são exemplos: os estabelecimentos de crédito, as seguradoras, as agências de câmbio, empresas de investimento ou instituições de transferência de

¹⁹ Ou *ConvBr*, à semelhança da designação adoptada por PEDRO CAEIRO (2009) p.378.

²⁰ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 82/2009.

²¹ Assim, diz-nos o art. 1º da referida Decisão-Quadro: “[a] fim de reforçar as acções de combate à criminalidade organizada, os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que não sejam feitas ou mantidas quaisquer reservas aos seguintes artigos da Convenção de 1990: (...) b) Artigo 6º, na medida em que estejam em causa infracções graves. Essas infracções devem incluir sempre as infracções puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração máxima superior a um ano ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, as infracções puníveis com uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses”.

²² Doravante C.P..

fundos). Foi transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei 313/93 (22 de Janeiro).

O Decreto-Lei 325/95 (2 de Dezembro), veio, por sua vez, estender as obrigações que até aí apenas obrigavam o sistema financeiro a outras entidades (casinos, mediadores imobiliários, empresas de compra de imóveis para revenda, organizações que promovam lotarias e jogos de apostas...), fazendo desta forma a distinção entre entidades financeiras e não financeiras. Algo que se manteve na Lei 25/2008, que veio alargar novamente a lista de entidades vinculadas, passando a incluir, nomeadamente, todos os comerciantes que transacionem bens cujo pagamento seja efectuado em numerário e o montante seja igual ou superior a 15.000€²³.

A tendência para a expansão das entidades vinculadas por estes deveres verificou-se igualmente com a Directiva 2001/97/CE²⁴, que veio alterar a já referida Directiva e que, neste sentido, impôs aos Estados Membros que legislassem no sentido de alargar os deveres aqui em causa a outros, tais como auditores, técnicos de contas externos, consultores fiscais, agentes imobiliários ou leiloeiros, sejam estas pessoas colectivas ou singulares desde que, obviamente, actuem no desempenho da sua actividade profissional.

Em 2005 e 2006 foram publicadas duas novas directivas sobre esta questão: a Directiva nº 2005/60/CE do Parlamento Europeu e Conselho (26 de Outubro) e a nº2006/70/CE da Comissão (1 de Agosto), que vieram dar origem a uma nova lei, a Lei 25/2008 (5 de Junho).

Já vimos, de uma forma geral, que entidades (financeiras e não financeiras) são estas, vinculadas a tais deveres. Resta-nos debruçar sobre os deveres em causa.

Um dos mais importantes encontra-se consagrado no princípio: “*know your customer*”²⁵. Falamos, naturalmente, do **dever de identificação do cliente**. Note-se que a palavra “cliente” tem aqui uma grande amplitude, já que envolve, não só clientes habituais – que tenham, portanto, uma relação prolongada no tempo com a respectiva

²³ Art.4º/d) da Lei 25/2008.

²⁴ Transposta para o direito português pela Lei nº 11/2004 (27 de Março), que veio a ser revogada pela actual Lei 25/2008.

²⁵ Este importante princípio havia sido já reiterado em 1988, na Declaração de Basileia.

entidade - mas também os clientes ocasionais, bem como aqueles que actuem representados por um terceiro. Este dever implica um outro, que se traduz na imposição de conservar os documentos que comprovem tanto a identificação do cliente, como as transacções que em seu nome foram efectuadas durante determinado período de tempo (art.14º, Lei 25/2008).

Complementarmente a este surge o **dever de exame, comunicação e informação** de operações suspeitas. Há, como sublinha NUNO BRANDÃO²⁶, uma verdadeira “obrigação de lhes comunicar [às autoridades], quaisquer factos que possam constituir indícios de operações de branqueamento de capitais”. Mas esta obrigação de comunicação tornar-se-ia inútil se não existisse um dever de exame, que se traduz na obrigação de analisar rigorosamente todas as operações que se mostrem susceptíveis de poder ter subjacente uma operação de branqueamento de capitais²⁷. O cumprimento deste dever culminará, assim, (e sendo caso disso) no cumprimento do dever de comunicação²⁸. O dever de informação compreende, por sua vez, a obrigação de apresentar documentos ou prestar todas as informações que forem necessários, nos termos do art.18º da Lei 25/2008 (este é designado por dever de colaboração neste diploma legal).

Existem ainda os **deveres de segredo, abstenção e formação**. O primeiro, previsto no art. 19º da Lei 25/2008, justifica-se pela necessidade de que o cliente não saiba da existência das suspeitas que recaem sobre ele, por razões óbvias. O dever de abstenção não é mais do que a obrigação de não realizar a operação que lhe é requerida quando suspeite da sua ilegalidade, e finalmente, o dever de formação traduz a importância de ministrar uma formação adequada, por parte das instituições, aos seus funcionários, de forma a que os mesmos tenham todas as competências necessárias²⁹ para detectar este tipo de operações e saibam, conseqüentemente, o que fazer quando deparados com a situação.

Por fim, os **deveres de diligência, recusa e controlo**. O primeiro encontra-se previsto nos art.ºs 9º, 11º e 12º e traduz-se, como o nome indica, numa série de medidas

²⁶ NUNO BRANDÃO (2002), p.38.

²⁷ O Decreto-Lei 313/93, no seu art. 8º, especificava que operações são estas: aquelas “que pela sua natureza, complexidade, volume ou carácter inabitual, relativamente à actividade do cliente” possam integrar o crime de branqueamento.

²⁸ Art. 16º, Lei 25/2008.

²⁹ Na letra da lei: “conhecimento adequado das obrigações impostas pela legislação e regulamentação nesta matéria”.

a serem tomadas no sentido de avaliar o risco que novos clientes, ou antigos, podem implicar do ponto de vista do crime aqui em causa (sendo que esta diligência será simplificada ou reforçada conforme o risco que cada cliente apresente). O dever de recusa prende-se com os deveres de identificação e diligência: sempre que não forem facultadas informações no âmbito destes deveres, deve ser recusada qualquer operação em conta bancária, o início de qualquer relação de negócio ou a realização de qualquer transacção ocasional. O dever de controlo, por sua vez, relaciona-se com a imposição de que sejam levadas a cabo políticas e procedimentos no interior das entidades visadas de forma a manter vigiadas a sua actividade, no sentido de evitar situações propícias ao branqueamento de capitais.

A Lei 25/2008 prevê ainda especificidades destes deveres em relação a entidades financeiras bem como deveres específicos das entidades não financeiras.

1.2. Criminalização

1.2.1. Bem jurídico

Muito foi já escrito sobre este ponto, pelo que não é nosso objectivo fazer aqui uma exposição exaustiva sobre o mesmo, mas tão só uma breve referência às diferentes posições da doutrina. Perceber o combate a este crime e a sua própria natureza passam, antes de mais, por entender o bem jurídico subjacente ao mesmo³⁰.

Este é um ponto de intensa discussão, não tendo ainda sido alcançado um consenso. Que bem jurídico está, então, na base da incriminação do branqueamento? De entre os vários autores, surgem, ao lado de outras, estas respostas:

³⁰ Nas palavras de JORGE GODINHO “ [a] identificação do bem jurídico é uma conclusão que só em definitivo se pode retirar em diálogo ou espiral hermenêutica com aspectos de pormenor analisados nas divisões seguintes”, com divisões seguintes queria o autor referir-se ao tipo objectivo e subjectivo, JORGE GODINHO (2001) , p.121.

- O bem jurídico que é protegido pelo ilícito precedente³¹
- A ordem sócio-económica³²
- A tutela da administração da justiça

Há ainda quem defenda que não estamos perante uma incriminação que proteja um bem jurídico, mas antes *vários*. Designada por alguns autores como **concepção plural**³³, esta assenta no pressuposto de que o crime de branqueamento, sendo um crime lesivo de variados interesses, será – consequentemente – um crime lesivo de vários bens jurídicos, e portanto não fará sentido, segundo esta teoria, que este crime tenha por base apenas um bem jurídico³⁴. Talvez seja legítimo assumir que esta concepção é largamente influenciada, quer pela falta de consenso neste ponto, quer, por outro lado pela própria “atitude legislativa”, como bem o aponta JORGE GODINHO³⁵. Os preâmbulos das várias leis existentes neste âmbito - nomeadamente os textos de direito internacional – referem-se ao branqueamento como um crime lesivo de um vasto leque de interesses. O autor dá (entre outros) o exemplo da Convenção de Viena que atenta na contaminação e corrupção quer das estruturas do Estado, quer também da própria actividade comercial e financeira legítima, e claro, da sociedade. Outros instrumentos de direito internacional apontam ainda a necessidade de proteger a reputação e fiabilidade do sistema financeiro, assim como a confiança do público, e até a necessidade de impedir a expansão do crime organizado. Como vemos, são imensos os interesses lesados por este crime.

Parece-nos, em relação a esta discussão, que a perspectiva mais correcta é aceitar que o bem jurídico em causa é o da tutela da administração da justiça, e veremos porquê, bem como quais os autores que defendem esta posição.

³¹ Segundo esta perspectiva, o bem jurídico protegido pela criminalização do branqueamento sempre coincidirá com o bem jurídico que é protegido pelo ilícito precedente.

³² Dependendo dos vários autores, este bem jurídico é olhado de várias perspectivas. Isto é, alguns consideram que o que está em causa é, antes de mais assegurar a estabilidade do mercado financeiro e das suas instituições, outros, por sua vez, acentuam a importância de assegurar uma concorrência leal, outros ainda defendem que é necessário evitar que o circuito económico lícito não seja “contaminado”.

³³ BENJA SATULA (2010), p. 790.

³⁴ JORGE GODINHO fala a este propósito da “natureza pluriofensiva” do crime, JORGE GODINHO (2001), p.126.

³⁵ JORGE GODINHO (2001), p.121.

Mas, recuando um pouco, o que levará alguns autores a afirmar que o bem jurídico aqui protegido é o mesmo que se pretende proteger com a incriminação do facto precedente? Como foi já referido, sabemos que a legislação relativa ao crime de branqueamento surgiu no âmbito do tráfico de estupefacientes³⁶. Ora neste sentido entendeu-se³⁷, então, que o bem jurídico tutelado seria a prevenção do tráfico e do consumo destes produtos (a perda das vantagens resultantes deste crime seria crucial para dissuadir tanto o tráfico como o consumo de estupefacientes), e – de “*forma mediata ou consequencial (...)* - a tutela da *saúde pública (...)* posta *também* em causa pelas actividades branqueadoras”³⁸). Seria hoje insustentável defender esta posição, se considerarmos a quantidade de crimes precedentes admitidos. Nas palavras de JORGE GODINHO³⁹: “o bem jurídico seria o somatório de todos os bens jurídicos protegidos pelo catálogo heterogéneo de crimes precedentes previstos”.

Em relação à teoria de que a incriminação do branqueamento se baseia na tutela da ordem sócio económica: no geral, os autores que assim o entendem apontam também que o bem jurídico é supra-individual. O que está em causa, segundo os defensores desta teoria⁴⁰ será, por exemplo, a protecção da concorrência, pois o branqueamento de capitais é, segundo estes, capaz de distorcer o funcionamento da actividade económica lícita ao ponto de prejudicar gravemente a concorrência; a protecção da imagem, credibilidade, e confiança nas instituições financeiras (neste sentido o bem jurídico protegido seria, segundo LOURENÇO MARTINS a “protecção da economia e das estruturas financeiras, onde é fundamental preservar a confiança dos cidadãos na idoneidade dos procedimentos”⁴¹); em sentido semelhante outros autores defendem ainda, dentro desta mesma teoria, que o fundamental é evitar a contaminação da sociedade por actividades ilícitas. A maior crítica que talvez seja possível fazer a esta posição é a falta de clareza da análise feita, para além de algumas falhas no raciocínio (por exemplo, se a concorrência é tão gravemente distorcida com o crime de branqueamento de capitais, assim o será também em virtude de qualquer crime que gere proventos ilícitos).

³⁶ Em Portugal: Decreto-Lei 15/93 (22 de Janeiro).

³⁷ Nomeadamente RODRIGO SANTIAGO, atente-se, contudo, que foi em 1994 que o autor se pronunciou sobre o tema e , mesmo então, com dúvidas , RODRIGO SANTIAGO (1994) , p. 530 (n.75).

³⁸ RODRIGO SANTIAGO (1994), p.532.

³⁹ JORGE GODINHO (2001), p.128.

⁴⁰ Referimos já que há dentro desta mesma teoria diferentes posições, consoante a tónica seja colocada na protecção da concorrência, necessidade de credibilidade das instituições financeiras, etc...

⁴¹ JORGE GODINHO *apud* LOURENÇO MARTINS (2001), p.133.

Por fim, em relação àquele que nos parece ser o melhor entendimento – na esteira de autores como JORGE GODINHO, PEDRO CAEIRO ou GUNTHER ARZT, sendo também a orientação seguida por alguma jurisprudência⁴² - : se nos questionarmos acerca da *ratio* da incriminação do branqueamento podemos concluir que por detrás desta está, sobretudo, a necessidade de “atacar” o poder económico associado à criminalidade grave, e, intrinsecamente, a necessidade de fazer cumprir o princípio de que “o crime não compensa”. Assim, é necessário para que se faça cumprir este princípio que sejam confiscadas as vantagens provenientes de actividades ilícitas.

Desde já, esta incriminação não veio, de todo, tutelar uma realidade nova (nem um novo bem jurídico⁴³). A percepção de que devem ser confiscadas as vantagens dos crimes é já antiga. No entanto, assistiu-se nas últimas décadas a uma evolução sem precedentes⁴⁴ que nos conduziu a uma época em que é bastante fácil poder “apagar o rasto” de proventos ilícitos, e dar-lhes uma aparência lícita, sendo muito complicado para as autoridades detectar este processo. Neste contexto, o branqueamento de capitais surge como uma nova “arma” na luta contra este fenómeno, numa tentativa de a tornar mais eficaz⁴⁵.

Assim, o que se pretende proteger, de acordo com esta posição, é a tutela da administração da justiça, mais concretamente “*o interesse do aparelho judiciário na detecção e perda das vantagens de certos crimes*”⁴⁶.

⁴² É o caso do acórdão da Relação do Porto de 07.02.2007, ou o acórdão da Relação de Lisboa de 29.03.2011.

⁴³ Nas palavras de JORGE GODINHO “ [n]ão se trata pois de uma «mutação» de um bem jurídico mas sim de uma questão de eficácia”, JORGE GODINHO (2001), p.153.

⁴⁴ Referimo-nos aqui a um conjunto de factores, como a evolução tecnológica, a intensificação da globalização (do sector financeiro, sobretudo), a liberalização da economia, etc...

⁴⁵ Neste sentido, JORGE GODINHO sublinha: “[a] questão de base no branqueamento de capitais é o propósito de se conseguir elevados níveis de *eficácia* no combate a certas formas de criminalidade”, está em causa - diz o mesmo - “uma *nova estratégia* com vista a melhor aplicar, em termos práticos, um *bastante antigo* princípio político jurídico (...), o de assegurar que «o crime não compensa””, JORGE GODINHO (2001), p.142.

⁴⁶ PEDRO CAEIRO (2009), p.393.

1.2.2. Tipo objectivo

O AGENTE

A este respeito cabe apenas dizer que o crime de branqueamento de capitais é um crime comum, e não específico⁴⁷. Significando isto que não são exigidas características especiais do agente, o mesmo pode então ser cometido por qualquer pessoa (“quem...”).

Ponto que merece aqui especial destaque é a questão – incessantemente discutida na doutrina – de saber se o agente da infração precedente pode também ser autor do crime de branqueamento. Pelo seu especial relevo remetemos a análise da mesma para um tópico autónomo a tratar em momento posterior.

O FACTO PRECEDENTE

Após uma primeira aproximação a este crime depreende-se já que a este subjaz sempre de um facto ilícito anterior, isto é, para que possa existir o processo pelo qual se pretende, em último termo, dar uma aparência legal a vantagens obtidas ilicitamente, tem que se verificar – evidentemente - a existência de um facto ilícito típico (precedente) de onde provenham essas vantagens. Mas que facto ilícito poderá ser esse? Entre nós, existe neste âmbito um “catálogo legal”, isto é, o próprio legislador diz-nos quais os crimes que podem traduzir-se aqui em factos precedentes:

- Lenocínio;
- Abuso sexual de crianças ou de menores dependentes;

⁴⁷ Estes caracterizam-se pelo facto de apenas poderem ser cometidos por determinadas pessoas “às quais pertence uma certa *qualidade* ou sobre as quais recai um *dever* especial”, FIGUEIREDO DIAS (2007), p.304.

- Extorsão;
- Tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas;
- Tráfico de armas;
- Tráfico de órgãos ou tecidos humanos;
- Tráfico de espécies protegidas;
- Fraude fiscal;
- Tráfico de influência;
- Corrupção;
- Demais infracções referidas no 1º/1 da Lei 36/94 e
- Factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses de duração máxima superior a cinco anos.

Dito isto, deve ter-se em conta que, em relação a estes factos precedentes é crucial que se verifique um “limiar mínimo de dignidade penal da conduta”⁴⁸, ou não estivéssemos no campo do Direito Penal.

O COMPORTAMENTO

A questão que se coloca agora é: quais os elementos do comportamento típico? Quando podemos dizer estar perante um comportamento que possa consubstanciar o crime de branqueamento de capitais?

Esquemáticamente, as condutas que se encontram tipificadas no 368ºA do C.P., e que integram, portanto, o tipo objectivo deste crime são as seguintes:

⁴⁸ PEDRO CAEIRO (2009), p.394.

- Conversão de vantagens;
- Transferência de vantagens;
- Auxílio de alguma operação de conversão de vantagens;
- Auxílio de alguma operação de transferência de vantagens;
- Facilitação de alguma operação de conversão de vantagens;
- Facilitação de alguma operação de transferência de vantagens.

Estas vantagens podem – seguindo a letra da lei – ter sido obtidas “por si ou por terceiro”. Note-se ainda que qualquer destas operações pode ser realizada de uma forma directa ou indirecta.

Este comportamento descrito tem que ter como *fim*⁴⁹ a dissimulação da origem ilícita dessas vantagens, ou o objectivo de que o autor ou o participante das infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal⁵⁰, e é punido com uma pena de prisão de 2 a 12 anos. Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira:

- Natureza;
- Origem;
- Localização;
- Disposição;
- Movimentação e titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos.

⁴⁹ Sendo este requisito já parte do tipo subjectivo, ao qual nos iremos referir posteriormente.

⁵⁰ Como, aliás também o refere o artigo *supra* mencionado.

1.2.3. Tipo subjectivo

Na esteira de PEDRO CAEIRO⁵¹ entendemos que o crime de branqueamento de capitais é um crime exclusivamente doloso⁵². Pela sua natureza, seria - nas palavras do mesmo autor - “quase impensável” que assim não fosse. Desde logo porque, como sabemos, a punição da negligência é - no nosso ordenamento jurídico - uma exceção⁵³, sendo necessária uma previsão legal expressa nesse sentido, que não existe neste caso.

Admitir a negligência neste campo faria apenas sentido em relação à proveniência ilícita das vantagens. Mas será de admitir aí a mesma? Mais uma vez o referido autor responde de forma negativa, defendendo não parecer “admissível que a violação de deveres de informação em que essa negligência se traduziria possa integrar um crime contra a realização da justiça”⁵⁴, posição com a qual alinhamos.

O dolo deverá, portanto, abranger também a proveniência das vantagens: “é suficiente a representação de que as vantagens provêm desses factos, não tendo o dolo de abarcar a identidade do agente nem a qualificação legal (o *nomem* jurídico) dos mesmos”.

Uma última nota em relação a este ponto prende-se com a exigência de “certas intenções”⁵⁵ no tipo subjectivo, que se traduzem, de acordo com o art. 368ºA do C.P. na exigência de que quem converte, transfere, auxilia ou facilita alguma operação de conversão ou transferência de vantagens o faça “*com o fim de* dissimular a sua origem ilícita ou de evitar (...)”⁵⁶⁻⁵⁷. Desta forma, a lei exige aquilo que PEDRO CAEIRO

⁵¹ PEDRO CAEIRO (2009), p.412.

⁵² Para uma análise mais desenvolvida da questão: PEDRO CAEIRO (1999), p.494 e segs; PEDRO CAEIRO (2009), p.417 e segs.

⁵³ O art. 13º do C.P. diz-nos que “só é punível o facto praticado com dolo ou, **nos casos especialmente previstos na lei**, com negligência” (sublinhado nosso).

⁵⁴ PEDRO CAEIRO (2009), p.413.

⁵⁵ PEDRO CAEIRO (2009), p.416.

⁵⁶ Sublinhado nosso.

⁵⁷ PEDRO CAEIRO faz ainda notar (em relação ao texto do Decreto-Lei 325/95 - que se encontra já revogado, valendo, contudo, as suas considerações para o art.368º-A, uma vez que o texto é idêntico naquilo que aqui analisamos) que em relação ao nº 3 do 368º-A não é mencionada a expressão “com o fim de”, à semelhança do que acontece no seu nº2. Entende o mesmo - e não podemos deixar de concordar - que esta finalidade deve entender-se como estando implícita também no nº3 “devendo por isso a sua ausência conduzir à atipicidade (subjectiva) da conduta, defende este que os “termos “ocultar” e “dissimular” que contêm já uma inequívoca *ligação final* da conduta com o bem jurídico protegido, ao invés dos termos “converter” e “transferir”, que, dada a sua neutralidade, requerem uma qualificação dessa índole (finalidade transcendente)”, PEDRO CAEIRO (2009), p.416 (n.142).

designa como “uma intenção qualificada de ofender o bem jurídico”, ou, noutras palavras, um plano finalisticamente dirigido àqueles propósitos⁵⁸. O objectivo será que quem, por exemplo, “procede àquelas operações com o intuito de não alertar o branqueador para a perseguição penal que supõe estar iminente”⁵⁹ não preencha, dessa forma, o tipo subjectivo.

1.2.4. O problema da inclusão do autor do facto precedente no círculo da autoria do branqueamento

Este é um ponto marcado pela falta de consenso: poderemos incluir o autor do acto precedente dentro dos possíveis autores do crime de branqueamento? PEDRO CAEIRO trata do mesmo de uma forma muito clara, pelo que teremos sempre como base a sua exposição em relação a este tema⁶⁰.

Antes de mais, este começa por ser um problema de autoria, sendo apenas num segundo momento um problema de concurso de crimes. É assim porque, “se o autor do facto precedente estiver excluído do círculo de agentes possíveis do branqueamento, nunca se porá, no que lhe diz respeito, um problema de concurso (efectivo ou aparente)”⁶¹.

No que à autoria diz respeito, a nossa lei vigente permite que o autor do facto precedente possa ser o autor do crime de branqueamento - “(...) vantagens obtidas *por si* ou por terceiro (...)”⁶². Mas a solução não é, de todo, pacífica (tanto na doutrina como na jurisprudência). São vários os autores que não concordam com esta opção, com base, nomeadamente, nos seguintes argumentos: a questão deve ser resolvida em sede de concurso, e não de autoria; o branqueamento é para “o autor do facto precedente”, um “pós-delito” não punível, à semelhança do que sucede nos restantes

⁵⁸ Desta forma se considerou no acórdão da Relação do Porto de 07.02.2007 que, muito embora pudesse estar preenchido o tipo objectivo, não se reuniam os requisitos relativos ao tipo subjectivo, já que não se pôde provar que existiu uma intenção de ocultar ou dissimular a verdadeira origem das vantagens obtidas (o tribunal acabou, desta forma, por concluir que “os depósitos bancários das quantias obtidas do crime de tráfico de estupefacientes estão consumidos no crime de tráfico de estupefacientes agravado cometido pela arguida (...”).

⁵⁹ PEDRO CAEIRO (2009), p.416.

⁶⁰ PEDRO CAEIRO (2009), p.408 e segs.

⁶¹ PEDRO CAEIRO (2009), p.409.

⁶² Sublinhado nosso.

“pós-delitos” previstos no Código Penal (...), porquanto “o intuito de evitar o confisco de bens ilicitamente adquiridos é conatural a qualquer crime de cunho aquisitivo, sendo um facto posterior impune quando praticado pelo agente do crime precedente”; porque estamos perante “uma questão de tipicidade - de autoria - e não de uma causa pessoal de exclusão de pena”⁶³, desta forma, e “para este efeito, as condutas de branqueamento de capitais não lesam um outro bem jurídico. Pese embora a realização da justiça ser formalmente um bem jurídico diverso, em termos materiais verifica-se que, uma vez consumada a lesão do bem jurídico, surge *em seu lugar* o bem jurídico que é a realização da justiça”⁶⁴.

Por outro lado, um dos principais argumentos dos defensores de que o autor do facto precedente responda, em concurso efectivo⁶⁵, pelo crime de branqueamento, é o facto de estarmos perante crimes que tem por fim a protecção de diferentes bens jurídicos⁶⁶.

Uma questão desde logo sublinhada pelo referido autor e de grande relevância, prende-se com a equiparação deste crime aos restantes pós-delitos. Será de admitir uma equiparação entre estes? Vale a pena citar, mais uma vez, o mesmo, que de forma bastante clara, explica: “[a] receptação, o auxílio material e o favorecimento pessoal encontram-se histórica e geneticamente ligados a formas de participação posterior punível (cumplicidade primeiro, aderência/encobrimento depois); deste modo, a sua autonomização típica tinha forçosamente de excluir o autor do facto precedente, pois as condutas por ele praticadas que correspondem à participação do terceiro (...), ainda que não sejam decisivas para “dar sentido” ao facto precedente, são prolongamentos dele socialmente tidos como “naturais”, pelo que a sua censura penal já está contida na

⁶³ PEDRO CAEIRO *apud* JORGE FERNANDES GODINHO (2009), p.409.

⁶⁴ PEDRO CAEIRO *apud* JORGE FERNANDES GODINHO (2009), p.409.

⁶⁵ Sabemos que existe um concurso efectivo ou real sempre que o agente pratica várias acções que preenchem diferentes tipos de crime em concurso (é o caso aqui em análise), ou várias vezes o mesmo tipo de crime.

⁶⁶ Contra este entendimento, PEDRO CAEIRO (2009), p.411; JORGE GODINHO: “muita jurisprudência continua a fazer uma aplicação mecânica do critério da diversidade de bens jurídicos, transformado na prática em critério geral não só necessário mas inclusivamente suficiente do concurso efectivo. Porém, bastar-se com o preenchimento de tipos legais de crime que tutelam uma diversidade de bens jurídicos é *dar a análise por finda onde ela, na verdade começa*”, “deve ser rejeitada a pretensão de resolver o problema atentando apenas na diferenciação de bens jurídicos. Trata-se aí de uma postura de exacerbado normativismo, que situa a análise num plano demasiado abstracto”, JORGE GODINHO (2011), p.92 a 94. A favor GERMANO MARQUES DA SILVA: “é a dupla violação de bens jurídicos que justifica que o agente seja também punível pelo aproveitamento das vantagens produzidas pelo crime subjacente por ele próprio interpretado”, GERMANO MARQUES DA SILVA (2007), p.457.

punição do mesmo (...)”⁶⁷. Chegamos, assim, a uma importante consideração: casos há, também, em que o autor do facto precedente poderá ser considerado autor do crime subsequente, uma vez que este não é uma consequência normal, “englobada na censura do facto precedente”. A questão que se coloca em relação ao crime que aqui analisamos é então esta: deve o branqueamento das vantagens obtidas ser incluído na censura do facto precedente? A resposta do autor a esta questão é negativa, vejamos porquê.

Depois do que foi já dito em relação ao branqueamento, é muito plausível concluir que “a repressão do branqueamento justifica-se, não pelo *fim* visado com as condutas (...) mas sim, e apenas, pelo *modo* particularmente eficiente (e, portanto, perigoso) de o atingir, ínsito nas condutas branqueadoras”. Se a tónica é colocada na perigosidade, que aliás legitima a punição deste crime, não é razoável defender, depois, que o mesmo se insere na censura feita ao facto precedente. A solução consagrada pelo mesmo passará sempre, desta forma, pela perigosidade relacionada com as condutas branqueadoras, pelo que deverá manter-se a “impunidade das condutas praticadas pelo autor do facto precedente que devam ainda considerar-se abrangidas pela punição do último – como é o caso, *v.g.*, da simples detenção das vantagens, escondidas debaixo do colchão, enterradas no jardim de sua casa ou depositadas na conta do próprio”⁶⁸.

Dito isto, se podemos concluir que, em sede de autoria não devemos excluir a hipótese de o autor do facto precedente ser também autor do crime de branqueamento, também não podemos deixar de admitir que, em certos casos a sua conduta possa ser qualificada como um facto não punível em virtude de uma relação de consunção com o facto precedente⁶⁹⁻⁷⁰. Tudo dependerá de uma análise cuidada do caso concreto – nas palavras de JORGE GODINHO: “importa indagar das conexões objectivas e subjectivas presentes nos factos da vida em análise”⁷¹ -, a ser feita, naturalmente, pelo tribunal⁷².

⁶⁷ PEDRO CAEIRO (2009), p.409 e 410.

⁶⁸ PEDRO CAEIRO (2009), p.411.

⁶⁹ A este propósito FIGUEIREDO DIAS fala da necessidade de atender à unidade de sentido do acontecimento ilícito global-final”, FIGUEIREDO DIAS (2007), p.1016 e segs.

⁷⁰ Neste sentido EDUARDO CORREIA admitiu igualmente que possa verificar-se uma situação de consunção nas situações em que certas disposições “punem certas condutas, quando estas traduzem, em certas condições, uma vontade de aproveitar, garantir ou assegurar a impunidade de outro crime”; “também entre bens jurídicos diversos, que se compreendem uns nos outros, se pode estabelecer uma relação de consunção”, JORGE GODINHO *apud* EDUARDO CORREIA (2011), p.97.

⁷¹ JORGE GODINHO (2011), p.98.

⁷² “[A] regra da consunção deverá ser judicialmente aplicada sempre que a concreta conduta do autor do facto precedente, preenchendo embora o tipo legal de branqueamento, corresponda apenas a uma

2. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas

2.1. Evolução histórica

A questão da responsabilidade das pessoas colectivas⁷³⁻⁷⁴ não é, de todo, uma questão recente. Muito pelo contrário, já há largos séculos se discute, embora com diferentes contornos, naturalmente, uma vez que o próprio conceito de pessoa colectiva sofreu grandes alterações ao longo dos tempos.

Começando no direito romano, há quem considere que é aqui que germina “uma ideia de que as corporações (...) teriam capacidade delictiva”⁷⁵, uma vez que - explica-nos INÊS FERNANDES GODINHO⁷⁶ - Ulpiano pretendeu exercer “*actio de dolo malo* contra o município”⁷⁷. Apesar disto, a verdade é que o conceito de pessoa colectiva não existia neste direito⁷⁸⁻⁷⁹, razão pela qual cremos que outros autores⁸⁰

utilização ou aproveitamento normal das vantagens obtidas e deva, por isso, considerar-se abrangida pela punição daquele facto”, PEDRO CAEIRO (2009), p.412.

⁷³ Iremos referir-nos a pessoas jurídicas ou colectivas indistintamente, evitando desta forma a repetição dos termos. Na verdade a doutrina refere-se às mesmas dessa forma, existindo ainda o termo “pessoas morais”, adoptado pelo Código de Seabra e que não abrangia as sociedades, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO (2005), p.139.

⁷⁴No que diz respeito ao conceito de pessoas colectivas, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO ensinam: “são organizações constituídas por uma colectividade de pessoas ou por uma massa de bens, dirigidos à realização de interesses comuns ou colectivos, às quais a ordem jurídica atribui a personalidade jurídica. Trata-se de organizações integradas essencialmente por pessoas ou essencialmente por bens, que constituem centros autónomos de relações jurídicas - autónomos mesmo em relação aos seus membros ou às pessoas que actuam como seus órgãos”, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO (2005), p.269.

⁷⁵ No entanto, já antes desta época eram aplicadas sanções colectivas a cidades ou tribos, por exemplo. Muito embora não se falasse de pessoa colectiva, a ideia de aplicar uma sanção não a uma pessoa, mas a uma colectividade era já aceite.

⁷⁶ As citações são desta autora, INÊS FERNANDES GODINHO (2007), p.103.

⁷⁷ Mais concretamente - esclarece GONÇALO DE MELO BANDEIRA - Ulpiano pretendeu exercer a referida acção contra o município “no caso do cobrador de impostos enganar artificialmente uma pessoa (ou um contribuinte) por forma a causar-lhe prejuízo e a enriquecer simultaneamente o município”, GONÇALO DE MELO BANDEIRA (2004), p.202 e 203. Este autor aceita que o direito romano defendia já a capacidade delictiva das corporações.

⁷⁸ Não como o formulamos hoje, pelo menos. Mas sublinha GONÇALO DE MELO BANDEIRA, e bem, que os romanistas “reconheciam a diferença entre direitos e obrigações da corporação (*universitas*) e os direitos e obrigações de cada um dos seus membros (*singuli*)”, GONÇALO DE MELO BANDEIRA (2004), p.202. FERNANDO TORRÃO diz a este propósito que “uma tal distinção já nos coloca, pelo menos de um ponto de vista substancial, numa ideia muito próxima da de personalidade jurídica reportada à *universitas*, na medida em que esta seria susceptível de ser titular de direitos e de estar adstrita a obrigações próprios e autónomos”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.23.

⁷⁹ Assim, como bem aponta FERNANDO TORRÃO: “[o] estudo da problemática questão da responsabilidade penal de entes colectivos busca a sua origem em épocas nas quais esses mesmos entes

afirmem que a regra era, neste período histórico, a da irresponsabilidade penal das pessoas colectivas⁸¹.

Por sua vez, grande parte dos Canonistas defendiam a responsabilidade penal da *universitas*⁸², muito embora nesta altura tenha começado a desenhar-se um conceito de pessoa colectiva assente na teoria da ficção, pelo que, sendo a pessoa colectiva uma pessoa fictícia, questionou-se a sua capacidade de acção, e, conseqüentemente a capacidade de praticar factos ilícitos. Com os Pós-glosadores continua a ser aceite a capacidade delitiva das corporações.

O ponto de viragem dá-se no século XVIII⁸³, com o Iluminismo. Na passagem para o século XIX o princípio *societas delinquere non potest*⁸⁴ tornou-se uma verdade quase absoluta⁸⁵.

No nosso país, o Código Penal de 1886 – bem como o de 1852 - aceitava expressamente o referido princípio, dispondo o seu art.26º que “somente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessária intelligencia e liberdade”⁸⁶⁻⁸⁷.

nem sequer eram reconhecidos, pelo menos do ponto de vista formal, como pessoas jurídicas”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.19.

⁸⁰ É o caso de JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.34.

⁸¹ Com um maior desenvolvimento: FERNANDO TORRÃO (2010), p.24 e segs.

⁸² Naturalmente, para estes era a Igreja o “ponto central da corporação”. Estruturando uma “teoria da corporação eclesiástica” estes distinguem, desta forma, a pessoa enquanto corporação da pessoa humana, ambas sujeitos de direito, GONÇALO DE MELO BANDEIRA (2004), p.204.

⁸³ JORGE DOS REIS BRAVO fala, a este propósito, de “dois movimentos de opinião [em relação à aceitação ou rejeição da responsabilidade penal da pessoa colectiva] que oscilam entre a sua generalizada admissibilidade, até ao século XVIII – em que se aplicavam frequentemente sanções colectivas a tribos, comunas, cidades, corporações -, e a que lhe é contrária, após o século XVIII, quando, com o triunfo do ideário liberal da Revolução Francesa, se rejeitam quaisquer resquícios que se opusessem ao catálogo de princípios revolucionários, enformados pelo ideário individualista e anti-corporativo”, JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.34. Em relação à viragem marcada pela referida revolução, FERNANDO TORRÃO sublinha que a rejeição da punibilidade das pessoas colectivas foi, precisamente, “uma das suas importantes conquistas, surgindo como reacção ao regime de punição de colectividades inteiras que era característica do *Ancient Régime*”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.97.

⁸⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA diz-nos que SAVIGNY teve um papel cimeiro na consagração deste princípio, para este autor o conceito de sujeito de direito teria forçosamente que coincidir com o de ser humano, premissa que para o mesmo se traduzia na seguinte fórmula: “toda a pessoa individual e só ela tem capacidade jurídica”, GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.110 e 111.

⁸⁵ Uma análise da evolução histórica desta época permite-nos perceber que deixou de haver necessidade de punir as pessoas colectivas uma vez que as mesmas perderam o poder e influência que tiveram em tempos, justificando-se isto com o fenómeno do Absolutismo, sobretudo. É, mais tarde, já com a Industrialização que estas entidades voltam a ganhar importância e poder, e ressurgem, por conseguinte, a necessidade de equacionar a punição penal das mesmas.

⁸⁶ INÉS FERNANDES GODINHO (2007), p.107.

⁸⁷ Apesar disto, não podemos deixar de mencionar que antes desta data, mais concretamente no Projecto de Código Criminal de 1789, era reconhecida - pelo menos de certa forma - responsabilidade penal a pessoas colectivas. O parágrafo 8º do Título 2º do referido projecto dispunha o seguinte: “os colégios, corporações e cidades podem delinquir pelas pessoas de que se compõem e que os representam e

2.2. O estado actual do problema

2.2.1. No direito português

Actualmente, dispõe o artigo 11º/1 do C.P.: “[s]alvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal”, elencando no seu nº2 os crimes pelos quais podem ser responsáveis as “pessoas colectivas e equiparadas”.

Poderíamos desta forma concluir que , algumas décadas volvidas desde que deixou de ser um dogma a não aceitação da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, continua a mesma a ser prevista como uma excepção. Contudo, um olhar mais atento permitir-nos-á perceber que não podemos afirmar verdadeiramente estar perante uma excepção, vejamos porquê.

Desde logo, o Decreto-Lei 28/84 (20 de Janeiro)⁸⁸ – que previa vários crimes contra a economia e a saúde pública – consagrou, como *regra* (em relação a esses crimes, claro) a responsabilidade das pessoas colectivas, determinando no seu art. 3º/1 “as pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infracções previstas no presente diploma quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo”, e – como bem nota GERMANO MARQUES DA SILVA⁸⁹ - “desde então não parou [a responsabilidade das referidas entidades] de ser consagrada nos mais diversos diplomas, sobretudo no domínio do

governam; e à universidade se atribui o delito, quando todos os representantes o cometam, ou a maior parte deles”. Para além disto “a responsabilidade por tumultos e sedições era atribuída à cidade, sempre que tais ocorrências fossem cometidas pela totalidade ou pela maioria dos cidadãos” (todas as citações: JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.38). Neste sentido, INÊS FERNANDES GODINHO: “não obstante o princípio da pessoalidade da responsabilidade criminal que vigorava em aquele tempo [refere-se a 1886], tal princípio já não era mais visto como uma máxima intransponível. A construção da responsabilidade criminal [das pessoas colectivas], sem contrariar a base ética em que assentava, já aí dava mostras de progressiva “actualização”, (2007), INÊS FERNANDES GODINHO p.131 e 132.

⁸⁸ Este não foi o primeiro diploma nacional a consagrar tal responsabilidade no nosso ordenamento jurídico, a título de exemplo: em 1919 a Lei 922, relativa ao crime de alteração, adulteração, falsificação e açambarcamento de géneros alimentares previa, no seu art.5º que “tratando-se de sociedade comercial ou civil responderá (...) quem legalmente as represente”; em 1941 o Decreto-Lei 31280 (22 de Maio) dispunha, no seu art.3º “[a] empresa patronal (...) será punida com pena de multa (...)”.

⁸⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA (2007), p.2.

Direito Penal Secundário”. Basta uma breve análise ao nosso ordenamento jurídico para perceber que a afirmação do autor não poderia estar mais correcta. São vários os diplomas legais que a consagram, sendo exemplos: a Lei 15/2001 (Regime Geral das Infracções Tributárias), no seu art.7º; o Decreto-Lei 36/2003 (Código da Propriedade Industrial), no seu art.320º; o Decreto-Lei 15/93, no seu art.33ºA; a Lei 32/2006 (regime punitivo da procriação medicamente assistida), art. 43ºA; Lei 52/2003 (direito penal do terrorismo), art.6º; o Código do Trabalho, art.546º; a Lei 5/2006 (regime penal das armas e munições), art.95º e Lei 20/2008 (regime da corrupção no comércio internacional e na actividade privada), art.4º.

Em jeito de conclusão podemos constatar que foi, de facto, no campo do direito penal secundário que se iniciou uma mudança no sentido de aceitar a responsabilidade destas entidades. Esta tendência acabou, no entanto, por estender-se ao direito penal clássico com a Lei 59/2007, que veio consagrar a responsabilidade penal das pessoas colectivas no próprio texto do C.P..

2.2.2. No direito estrangeiro⁹⁰

O panorama no direito estrangeiro não é, de todo, homogéneo. Há países onde a responsabilidade das pessoas colectivas é já admitida para qualquer crime, como é o caso da **Holanda** e da **Bélgica**, e outros onde, diferentemente, se verifica alguma resistência na aceitação da mesma.

Em relação ao primeiro, já em 1886 a responsabilidade penal das pessoas colectivas era consagrada no âmbito de legislação tributária. Foi com o Código Penal Económico (1950) que se estabeleceu, de forma ampla, a referida responsabilidade. Este foi alterado por uma Lei de 24.05.1976, que introduziu então o art.15º, responsável por impor a responsabilidade de: pessoas colectivas, sociedades, associações, ou ainda daqueles que fossem responsáveis de facto, pela acção ou omissão em causa, ou ainda,

⁹⁰ O objectivo deste ponto é tão-só dar a conhecer, de forma muitíssimo breve, o estado actual do problema em alguns ordenamentos jurídicos, isto é, saber se a responsabilidade destas entidades é ou não aceite e , eventualmente , desde quando. Não vamos deter-nos sobre mais considerações, como por exemplo os critérios de imputação do facto à pessoa jurídica nos países que aceitam esta responsabilidade. Para uma análise desenvolvida da questão: GERMANO MARQUES DA SILVA (2010), p.63 e segs.

contra ambos. Tendo este artigo sido entretanto revogado, é o art.51º do Código Penal holandês que hoje regula esta situação⁹¹.

Em **França**, esta responsabilidade é aceite desde 1994, data em que entrou em vigor o novo Código Penal (encontrando-se plasmada nas disposições gerais do mesmo). Antes disso já um sector da doutrina debatia o problema - desde meados do século XX - defendendo a necessidade de responsabilizar criminalmente as pessoas colectivas. Face a isto o legislador foi consagrando algumas sanções aplicáveis às mesmas, mas sempre no âmbito do direito administrativo sancionatório ou de mera ordenação social. Vimos já, brevemente, que neste país o repúdio por esta responsabilidade advém dos ideais proclamados pela Revolução, o que explica que durante o século XIX e maior parte do século XX tanto a doutrina como a jurisprudência não se tenham debruçado sobre este problema⁹².

JORGE DOS REIS BRAVO sublinha, contudo, que actualmente este é um dos países onde esta responsabilidade é mais amplamente consagrada, tocando quase todas as áreas do direito (Código Penal, Código da Estrada, Código do Ambiente, etc.) e não sofrendo, praticamente, excepções. As excepções existentes derivam, apenas, da incompatibilidade entre a natureza de certos crimes e a própria natureza do conceito de pessoa jurídica.

Em **Itália**, o panorama neste âmbito é marcado - ainda - por uma rejeição desta responsabilidade. Determina o art.27º da Constituição Italiana que “a responsabilidade penal é pessoal” (individual). Contudo, não passa despercebida a necessidade político-criminal de sancionar certos comportamentos das pessoas colectivas, pelo que se optou, neste ordenamento jurídico, por fazê-lo através do direito administrativo – i.e., através da figura dos ilícitos administrativos. Também a doutrina enfatiza a necessidade de abandonar o velho dogma da irresponsabilidade das pessoas colectivas (nas palavras de CARLO ENRICO PALIERO⁹³: “evocar, em política criminal, o provérbio «*societas delinquere non potest*» resulta hoje em dia mais surrealista que irreal”).

⁹¹ JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p. 152.

⁹² FERNANDO TORRÃO nota que já no ano de 1930 a Corte de Cassação deliberou que “«a multa é uma pena e toda a pena é pessoal, de modo que ela não pode ser aplicada a uma pessoa jurídica, que somente pode incorrer em responsabilidade civil»”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.98.

⁹³ JORGE DOS REIS BRAVO *apud* CARLO ENRICO PALIERO (2008), p.154.

Por sua vez, na **Alemanha** – país onde o direito, como sabemos, se caracteriza por um “acentuado «refinamento da dogmática»”⁹⁴ - a responsabilidade destas entidades é prevista no campo do direito administrativo contra-ordenacional, mais concretamente no 30º parágrafo da *Ordnungswidrigkeitsgesetz* (Código Contravencional Federal). Exclui-se, portanto, a possibilidade de as mesmas poderem ser responsabilizadas criminalmente⁹⁵.

Em relação aos países de *commom law* esta responsabilidade é amplamente aceite⁹⁶. Em **Inglaterra**, há já largos anos que o mesmo acontece. Na verdade, esta surge logo em meados do século XIX com algumas decisões judiciais em que eram sancionadas pessoas colectivas⁹⁷. Mais tarde, a mesma é consagrada no *Interpretation Act* de 1889, que veio englobar no conceito de “pessoa” o ente colectivo. Note-se que foi apenas em 1940 que a responsabilidade das pessoas colectivas se estendeu a todos os crimes, já que antes disso a mesma estava adstrita às *public welfare offences*⁹⁸.

Por fim, no **ordenamento jurídico espanhol** foi a *Ley Orgánica* 5/2010 (22 de Junho) que veio introduzir esta responsabilidade, adoptando um sistema de *numerus clausus*, i.e., as pessoas colectivas apenas são penalmente responsáveis por crimes que a lei expressamente preveja. Antes disso, a *Ley Orgánica* 10/1995 (23 de Novembro) previa já - no seu art.129º - a figura das “*consecuencias accesorias*”, susceptíveis de serem aplicadas às pessoas colectivas (aliás, estas eram exclusivamente aplicáveis às mesmas). Esta figura gerou alguma controvérsia, levando alguns autores a vê-las como verdadeiras penas (e, conseqüentemente, a concluir pela aceitação da responsabilidade

⁹⁴ FERNANDO TORRÃO *apud* SCHÜNEMANN (2010), p.82.

⁹⁵ Algo que se justifica por questões dogmáticas, nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA: “o conceito de culpa fundado na autonomia ética individual do cidadão enquanto ser livre continua a ser uma exigência constitucional a que a generalidade do pensamento jurídico se não opõe, (...) esse mesmo pensamento alemão não parece disposto sequer a flexibilizar o conceito no sentido de o adaptar a novas realidades . Não será de espantar, assim, que no direito penal germânico (...) se não acolha, em suma, a responsabilidade jurídico-penal das pessoas colectivas”, o mesmo autor sublinha, no entanto, que “isto não significa que na Alemanha exista um completo alheamento no tocante à posição de cada vez maior relevo que essas pessoas colectivas vão ocupando na vida jurídico-social (...). Significa apenas (...) que as pessoas jurídicas ao não actuarem por si, mas através dos titulares dos seus órgãos , e ao não lhes ser possível infligir um juízo de censura e reprovação, acabem por se conservar fora da discursividade jurídico-penal enquanto entes destinatários de sanções autónomas”, GERMANO MARQUES DA SILVA (2010) p. 86 e 87.

⁹⁶ Algo que podemos justificar com o espírito pragmático inerente a estes países de matriz jurídica anglo-saxónica, que se deixa transparecer “ numa maior preocupação em solucionar os problemas político-criminais que se vão deparando do que propriamente em se deixar emaranhar por complexas teias de índole dogmática”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.64.

⁹⁷ Para uma análise mais pormenorizada: FERNANDO TORRÃO (2010),p.65 e segs.

⁹⁸ PEDRO DONAIRES SÁNCHEZ (2013), p.15.

das pessoas colectivas), enquanto outros negaram essa possibilidade, afirmando estarmos perante medidas administrativas⁹⁹, havendo até quem as visse como medidas de segurança¹⁰⁰. Note-se que nesta altura a maioria da doutrina e jurisprudência aceitavam integralmente o princípio *societas delinquere non potest*, o que conduziu a que alguns autores interrogassem se estas “*consecuencias acessórias*” não eram, no fundo, uma forma de resolver a necessidade político-criminal de punir comportamentos ilícitos praticados por pessoas colectivas, sem ter que aceitar plenamente a responsabilidade criminal das mesmas (o que sempre conduziria a, não só ir contra a maioria da doutrina e jurisprudência, como também a ter que encarar todos os “problemas” dogmáticos que necessariamente surgem com a aceitação desta responsabilidade¹⁰¹).

2.3. Fundamentação da responsabilidade - a capacidade de acção e a culpa da pessoa jurídica

Cremos que fará sentido, antes de mais, explicar o porquê da relutância em aceitar a responsabilidade dos entes colectivos. Afinal, quais as razões da persistência em negar a referida responsabilidade?

Partindo desse ponto, passaremos depois a expor as construções dogmáticas que permitiram, finalmente, a aceitação da mesma pela generalidade dos autores, e neste âmbito, seria incontornável mencionar FIGUEIREDO DIAS e FARIA COSTA.

Notamos, desde logo, que as razões subjacentes à rejeição desta responsabilidade não sofreram ao longo do tempo alterações substanciais. Assim,

⁹⁹ É o caso dos autores MIGUEL BAJO e SILVINA BACIGALUPO *in* INÊS FERNANDES GODINHO (2007), p.116.

¹⁰⁰ Aliás, segundo SILVA SÁNCHEZ estas foram introduzidas no ordenamento jurídico espanhol como medidas de segurança: “*inicialmente se trató de presentarlas como medidas de seguridad. Al respecto se argumento con la doctrina de la «peligrosidad objetiva», o «sintomática» de la persona jurídica*”, SILVA SÁNCHEZ (1995), p.363.

¹⁰¹ Neste sentido, INÊS FERNANDES GODINHO (2007), p.118.

aponta-se num primeiro momento a *incapacidade de acção da pessoa colectiva*¹⁰², bem como a sua *incapacidade de culpa*.

EDUARDO CORREIA foi um dos autores a apontar essa incapacidade de acção, que – defendia - colocava-se sempre antes da incapacidade de culpa. No fundo, o que este autor sustentava era que uma pessoa colectiva não teria, sequer, capacidade de agir, já que a acção relevante para o direito penal sempre se remeteria a uma acção humana, sendo essa o cerne da dogmática penal. Consequentemente, sem essa capacidade nem se colocava a questão de ser capaz de culpa. Nas palavras do mesmo: “ o comportamento de que se parte é o comportamento humano e, em princípio, - ao contrário do que acontece em todos os outros ramos do direito, nomeadamente no civil- só o dos indivíduos e não o das colectividades: *societas delinquere non potest*. Pelo que a irresponsabilidade jurídico-criminal das pessoas colectivas deriva assim logo da sua incapacidade de acção e não apenas, como querem alguns, da sua incapacidade de culpa”¹⁰³⁻¹⁰⁴.

Em relação à incapacidade de culpa, defendem alguns autores que este conceito não é compatível com a actuação de uma pessoa colectiva. Há mesmo quem acredite que aceitar esta responsabilidade implica aceitar uma responsabilidade objectiva no âmbito do direito penal. É o caso de CAVALEIRO FERREIRA, segundo o qual: “a responsabilidade penal das pessoas colectivas é responsabilidade sem culpa – sem imputabilidade, sem dolo, ou negligência – sem consciência da ilicitude”^{105 - 106}. Subjacente a esta posição está a ideia de que não é possível reconhecer a uma pessoa colectiva uma vontade própria. Ora, se a culpa se traduz num juízo de censura ética fundado numa vontade consciente e livre¹⁰⁷, não existindo esta não é possível, consequentemente, reconhecer capacidade de culpa.

¹⁰² Já que os entes colectivos “não poderiam nunca agir por eles próprios, mas sempre e só através de pessoas físicas”, FIGUEIREDO DIAS (2007), p.296.

¹⁰³ PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS *apud* EDUARDO CORREIA (1997), p.61.

¹⁰⁴ Já em 1937 ANTÓNIO SIMÕES DE CARVALHO refutava este argumento, defendendo que “não responsabilizar uma pessoa colectiva pela simples razão de que ela não pode praticar o acto ilícito no que ele tem de material, é uma solução absurda”, concluindo, que “a pessoa colectiva é capaz de querer e de agir” ANTÓNIO SIMÕES DE CARVALHO (1937), p.133 e 190.

¹⁰⁵ EDUARDO MANSILHA *apud* CAVALEIRO FERREIRA (sem indicação de ano), p.7.

¹⁰⁶ No mesmo sentido, LUNA SERRANO Y LACRUZ BERDEJO : “[a] las personas jurídicas les faltan da consciencia y voluntad en sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación, facultades humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres. Sólo son semejantes a la persona natural (...) en cuanto factor activo en el acaecer social”, LUIS GRACIA MARTÍN *apud* LUNA SERRANO Y LACRUZ BERDEJO, (1996), p.40.

¹⁰⁷ Vontade livre que é “elemento primordial” da culpabilidade, PAULO DA SILVA PASSOS (1997), p.62.

Um outro argumento frequentemente invocado para rejeitar esta responsabilidade é o princípio da pessoalidade das penas. Assim, ao aplicar uma pena a uma pessoa colectiva estar-se-ia a prejudicar também as pessoas que para ela trabalham e que não são responsáveis pelo crime praticado. Facilmente se percebe a fraqueza deste argumento se considerarmos que o mesmo sucede ao aplicar uma pena a uma pessoa: não é só ela a prejudicada, mas igualmente aqueles que, por exemplo, dela dependiam economicamente, ou que simplesmente vão ficar privados da sua presença.

Há ainda quem sublinhe que, por um lado, não faz sentido pensar em aplicar sanções penais com os fins que lhes conhecemos, já que - segundo os defensores desta teoria - não é possível que a pessoa colectiva seja ressocializada¹⁰⁸ e, por outro lado, argumentam ainda que certas penas não podem ser aplicadas a estas entidades, como é o caso da pena de prisão. Analisando criticamente esta posição, em relação ao primeiro argumento, cremos que carece de fundamento. Porquê afirmar categoricamente que uma pessoa colectiva não pode ressocializar-se? As penas que lhe poderão ser aplicadas são perfeitamente susceptíveis de dissuadir os órgãos (por exemplo) dessa entidade de voltar a cometer crimes, pelo que não se vê o porquê de se negar os efeitos dissuasores e preventivos das penas aplicadas. Por outro lado, se é verdade que à pessoa colectiva não pode ser aplicada a pena de prisão, também não cremos que tal facto possa ser um argumento forte para rejeitar a sua responsabilidade criminal, há muito que a pena de multa é uma alternativa à pena de prisão, sendo até privilegiada face à mesma, uma vez que acarreta muito menos consequências negativas¹⁰⁹.

Dito isto, cremos que vale a pena concluir este ponto citando FIGUEIREDO DIAS, no seu ensinamento: “a dogmática penal que preconiza a responsabilidade exclusivamente individual começou a ver-se confrontada com exigências de política criminal, a apelar, por razões de eficácia no combate ao crime, à responsabilização penal dos entes colectivos *como tais*. O aparecimento de uma criminalidade cada vez mais organizada e complexa, desenvolvida através de sociedades comerciais, de instituições financeiras e das mais variadas formas de associação ou agrupamento muitas vezes extremamente poderosas e com ramificações à escala global (...) puseram

¹⁰⁸ Neste sentido, EDUARDO CORREIA afirmou: “[S]ó os indivíduos são corrigíveis”, MÁRIO AREZ *apud* EDUARDO CORREIA (1962), p.524.

¹⁰⁹ É sabido, e largamente defendido já há largos anos, que a pena de prisão tem mais efeitos negativos - criminógenos, dessocializadores - do que positivos.

em causa o princípio da responsabilização individual”¹¹⁰. Por outras palavras, a dogmática penal viu-se confrontada com emergentes necessidades de política criminal, e perante esta realidade há duas vias possíveis: ou continuamos a negar a responsabilização das entidades colectivas, alicerçado a nossa posição na referida dogmática, ou procuramos dar uma resposta ao problema, superando as deficiências da mesma de forma a aceitar tal responsabilidade – tal caminho só poderá ser percorrido se procurarmos encontrar, em relação à mesma, uma “racionalidade (material), que não se pode compaginar com a mera relevância de uma «necessária eficácia»”¹¹¹. Ainda na esteira de FIGUEIREDO DIAS, cremos que “as exigências pragmáticas da política criminal devem passar à frente dos preconceitos filosóficos”¹¹². Nem se compreenderia que assim não fosse. Neste sentido o referido autor cita ROXIN¹¹³: a política criminal constitui “a forma por intermédio da qual as proposições de fins político criminais se vazam no *modus* da validade jurídica”, acrescentado¹¹⁴ que não faria qualquer sentido a “manutenção da aparelhagem conceitual dogmático-sistemática quando ela não seja tratada em termos tais que funcionalmente se adequem às exigências político-criminais que hoje se fazem sentir (...)”, uma ciência jurídico penal que nada tenha a oferecer às necessidades correctamente entendidas da política criminal não só se torna em peça decorativa inútil, como é falsa”, concluindo depois que “todas as categorias e todos os conceitos da dogmática jurídico-penal devem apresentar-se funcionalmente determinados pelas (e ligados às) finalidades eleitas pela política criminal “, existindo assim uma “*unidade funcional* entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal”, sendo a referida política, no final de contas, uma “ciência *transpositiva, transdogmática e trans-sistemática* face a um qualquer direito penal positivo”, devendo ser a sua “função última” a de servir de “**padrão crítico** tanto do direito constituído, como do direito constituindo, dos seus limites e legitimação”. No mesmo sentido, EDUARDO MANSILHA¹¹⁵ refere – e bem, a nosso ver – que os argumentos daqueles que seguem a primeira via, e negam, portanto, tal responsabilidade “seriam válidos se se entendesse que, em última análise, é a sociedade (e a realidade) que tem que se adaptar aos dogmas do Direito já constituído, e não o Direito que, num processo eternamente constitutivo

¹¹⁰ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.296.

¹¹¹ FARIA COSTA (1992), p.546. O autor acrescenta ainda: “[a] legitimidade ou o fundamento que devem acompanhar o alargamento da punibilidade penal têm (...) quanto a nós que se fundar materialmente, mesmo quando o sujeito passivo da relação punitiva é uma entidade construída”.

¹¹² PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS *apud* FIGUEIREDO DIAS (1997), p.70.

¹¹³ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.34.

¹¹⁴ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.34 e 35.

¹¹⁵ EDUARDO MANSILHA (sem indicação de ano), p.8.

(...) se deve conformar com a realidade, conformando-a, respondendo às suas necessidades (...)” e termina¹¹⁶, rematando: “só um Direito socialmente fundado pode aspirar a ser um normativo social válido”. Complementarmente, FARIA COSTA sublinha que, para superar a argumentação dos detractores desta segunda via “não bastam razões de política criminal. Exige-se mais. (...) em nome da coerência interna e normativa do direito penal”¹¹⁷.

Veremos agora qual a “racionalidade (material)” encontrada por dois ilustres autores portugueses neste âmbito.

2.3.1. O “pensamento analógico” (FIGUEIREDO DIAS)

Procurando ultrapassar o obstáculo da incapacidade de culpa (e de acção)¹¹⁸ dos entes colectivos - que, como vimos já, tem subjacente uma ideia de que os mesmos não são susceptíveis de um juízo de censura ético, desde logo por lhes faltar uma vontade livre - , a tese deste autor assenta na ideia de que “as organizações humano-sociais são, tanto como o próprio homem individual (...) «obras de liberdade» ou «realizações do ser livre»; pelo que parece aceitável que em certos domínios especiais e bem delimitados ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico penal, objectiva e subjectiva, as suas obras ou realizações colectivas e , assim, as pessoas colectivas , associações, agrupamentos ou corporações em que o ser livre se exprime”¹¹⁹. É necessário, segundo este autor, recorrer a um “pensamento analógico”¹²⁰ em relação aos princípios do direito penal clássico¹²¹.

¹¹⁶ EDUARDO MANSILHA (sem indicação de ano), p.11.

¹¹⁷ FARIA COSTA (1992), p.548.

¹¹⁸ Nas palavras de JORGE DOS REIS BRAVO: FIGUEIREDO DIAS coloca “ o acento tónico no reconhecimento da capacidade de acção e culpa jurídico-criminal, permitido por um *pensamento analógico*, relativamente aos princípios do direito penal clássico”, JORGE DOS REIS BRAVO (2008) p.122.

¹¹⁹ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.298.

¹²⁰ Esta analogia, nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, “não é aqui utilizada no sentido pós-normativo em que aparece como recurso utilizado na aplicação da norma, mas no sentido pré-normativo de analogia entre as categorias da vida que funcionam como dado prévio ao construído normativo. (...) a analogia certifica as similitudes de situação , apoiando-se sobre os caracteres comuns à pessoa humana e ao ser social”, o mesmo autor acrescenta ainda, na esteira de FIGUEIREDO DIAS, que “[a] pessoa jurídica é uma realidade analógica ao ser humano, pois que, como a pessoa humana , é um ser dotado de individualidade, permanência , independência externa, porém não substancial, como a pessoa humana (...)”, GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.170.

2.3.2. A “racionalidade material dos lugares inversos” (FARIA COSTA)

Num outro prisma, FARIA COSTA - não se afastando do entendimento do autor anteriormente referido, antes pelo contrário, admitindo que “a narrativa de Figueiredo Dias, no que toca às exigências de necessidade ou à exacta determinação dos conceitos de acção e de culpa, é por nós inteiramente subscrita”¹²² – entende que “a legitimidade da punição das pessoas colectivas se deve, em última instância, encontrar na racionalidade material dos *lugares inversos*”, acrescentando ainda que “a unidade intra-ordenativa de uma qualquer ordem jurídica e , por conseguinte, do ordenamento penal, se deve ler à luz de diferentes cortes analíticos. (...) um desses cortes (...) é o que a lógica dos lugares inversos permite”¹²³.

Resta-nos agora explicar em que se traduz, concretamente, esta teoria. O autor parte ¹²⁴ do exemplo dos menores (ou, mais concretamente , da sua inimputabilidade) para explicar o seguinte: “ninguém pode duvidar, por um instante que seja, que uma criança *age*, em termos onto-antropológicos, de uma forma absolutamente coincidente com o agir de um geronte ou de um adulto.” Não restam igualmente dúvidas que “em termos sociais ou mesmo em termos onto-existenciais, ao menos se não pode retirar a capacidade de valoração que o leva a poder ser sustentáculo de um juízo de censura. E , todavia, como bem se sabe, não há nenhum ordenamento jurídico-penal que não considere que aquém de uma certa idade cronológica um menor não deve entrar no mundo da discursividade penal”. Tendo feito esta introdução, o mesmo explica depois que, da mesma forma que tal acontece, “o lugar inverso àquele que foi desenhado (...) é o que envolve o problema da punição (penal) das pessoas colectivas.”. Isto é, se no caso dos menores “tínhamos o cerceamento dos segmentos ontológicos de acção, aqui, inversamente, temos a expansão do alargamento de um agir comunicacional, penalmente relevante; se ali se limita e se afasta o juízo de censura penal por razões da mais variada índole, aqui, inversamente, reconstrói-se a noção de culpa e faz-se da

¹²¹ Pensamento analógico que FARIA COSTA considera como “o cimento tópico argumentativo capaz de dar sentido e consistência material” àquilo que é defendido por FIGUEIREDO DIAS , FARIA COSTA (1992), p.549.

¹²² FARIA COSTA (1992), p.550.

¹²³ FARIA COSTA (1992), p.551.

¹²⁴ Referimo-nos ao texto de FARIA COSTA (1992), p.552.

pessoa colectiva um verdadeiro centro de imputação”, desta forma se alargando o universo da punibilidade. Assim lançou este autor mais uma base para a dogmática penal deste complexo tema.

2.3.3. A teoria do “*desdoblamiento funcional*” (JOAQUÍN CONTRERAS)

Num sentido bastante diferente daquele que foi o tomado pelos anteriores autores, JOAQUÍN CONTRERAS justifica a capacidade de acção e culpa da pessoa colectiva através daquilo a que o mesmo chama “*desdoblamiento funcional*”¹²⁵.

Antes de mais, este defende que o modelo adoptado em Espanha em relação à responsabilidade criminal das pessoas colectivas é um modelo misto¹²⁶: para ser possível imputar um comportamento ilícito à pessoa colectiva é necessário, não só uma actuação de um seu representante (a que o nosso legislador se refere como “pessoa em posição de liderança”), como também “*una deficiencia en la organización de la empresa (que complemente sobre todo la actuación ilícita de los escalones inferiores de la organización)*”. No fundo, de acordo com o mesmo, exige-se a existência de culpa da figura de representante, acrescida de uma culpa própria da pessoa colectiva. Este segundo requisito, baseado na “*evitabilidad*”¹²⁷ de que mais à frente o autor nos fala, está na base do reconhecimento da capacidade de culpa da pessoa colectiva, e segundo o mesmo, evita que “*responda penalmente la persona jurídica si el hecho delictivo del representante que se le imputa en el plano de tipicidad no es achacable a fallo organizativo alguno*”.

No que diz respeito à capacidade de acção, este autor defende que “*la persona jurídica posee capacidad de acción, desarrollándose ésta a través de la persona física-representante que actúa en su nombre. El desdoblamiento consistente en que la capacidad de acción esté en una persona (la jurídica) y la acción en otra (el*

¹²⁵ O autor refere-se ainda ao seu pensamento como “*doble funcionalización*”, cremos que no mesmo sentido. JOAQUÍN CONTRERAS (2013), p.19.

¹²⁶ Ainda que - parece-nos - com alguma relutância: “*El sistema adoptado parece inspirarse en el modelo mixto (...)*”, JOAQUÍN CONTRERAS (2013), p.5 (n.9).

¹²⁷ JOAQUÍN CONTRERAS (2013), p.11.

representante)”¹²⁸, isto é, separa a capacidade de acção da acção em si mesma, defendendo que, muito embora a pessoa colectiva tenha essa capacidade, não age por si mesma, dependendo para isso da pessoa física.

Por sua vez, em relação à capacidade de culpa, referimos já que, na perspectiva deste autor, “*la persona jurídica posee capacidad de culpabilidad si pudo evitar el delito cometido por el representante que actuó en nombre de ella. Cuando lo pudo, se habrá constatado la culpabilidad de la persona jurídica*”¹²⁹, baseando-se a mesma no conceito de “*evitabilidad*”, conceito chave para admitir a culpa própria da pessoa colectiva – requisito para admitir a sua responsabilidade. O mesmo acrescenta que está em causa conceber “*la culpabilidad de la persona jurídica como responsabilidad por todo lo que ocurra dentro de ella de una manera que ello so habría podido evitar si al empresa hubiese estado mejor organizada*”¹³⁰.

¹²⁸ JOAQUÍN CONTRERAS (2013), p.12.

¹²⁹ JOAQUÍN CONTRERAS (2013), p.16.

¹³⁰ JOAQUÍN CONTRERAS (2013), p.19.

3. Da imputação do crime de branqueamento de capitais à pessoa jurídica

Para iniciar este capítulo, fará sentido começar por entender em que moldes se pode imputar um facto ilícito a uma pessoa jurídica. Para isso iremos analisar dois modelos opostos.

Antes, porém, vale a pena notar que em sede da imputação de factos ilícitos a pessoas colectivas as opiniões dividem-se entre aqueles que defendem que é possível mobilizar para este campo os tradicionais conceitos dogmáticos, ajustando-os - sem no entanto os distorcer - a esta realidade, como é o caso de GERMANO MARQUES DA SILVA¹³¹, e os que questionam essa possibilidade, entre eles JORGE DOS REIS BRAVO: “impõe-se a questão de saber se faz ainda sentido buscar o fundamento da responsabilidade penal dos entes colectivos dentro de padrões da imputação da dogmática criminal tradicional. Será conseqüente persistir na plausibilidade de aplicação analógica dos elementos categoriais da dogmática jurídico-penal clássica, quando estiver em causa a responsabilização de entes colectivos?”¹³². No mesmo sentido MÁRIO FERREIRA MONTE, sublinhando a necessidade de admitir a responsabilização dos entes colectivos, refere ser “necessário reflectir sobre toda a problemática inerente à imputação, à autoria, mas mesmo também à culpa, sobretudo aqui no que concerne à distinção entre dolo e negligência, bem como à omissão que ganhará certamente uma maior relevância, e, sobretudo ao perigo, este último enquanto categoria indissociável do risco”¹³³; e LUIS GRACIA MARTÍN que, ao referir-se aos critérios construídos pela dogmática clássica, afirma: “(...) es preciso, sin duda (...) revisar las categorías dogmáticas tradicionales o elaborar nuevos instrumentos dogmáticos de responsabilidad”¹³⁴.

¹³¹ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009).

¹³² JORGE DOS REIS BRAVO (2003), p.230.

¹³³ GERMANO MARQUES DA SILVA *apud* MÁRIO FERREIRA MONTE (2003), p.230.

¹³⁴ LUIS GRACIA MARTÍN (1996), p.53.

3.1. Os modelos de imputação

INDIRECTOS ¹³⁵

Como bem aponta GERMANO MARQUES DA SILVA, estes modelos são “historicamente os mais antigos”¹³⁶, e surgem numa altura em que se acreditava que as pessoas colectivas não eram capazes de acção nem susceptíveis de um juízo de culpa, pelo que era necessário contornar esse problema. A solução passou por aceitar que “a responsabilidade própria da sociedade é definida em função da acção e culpa dos que actuam por ela, sendo que os actos dos representantes são considerados como actos da sociedade pelo mecanismo da imputação”¹³⁷. Pelo exposto há autores que chamam a esta responsabilidade reflexa ou por ricochete.

Ponto fulcral deste modelo é, naturalmente, apurar que pessoas são estas que podem desencadear a imputação do facto ilícito à pessoa colectiva. Se aceitarmos uma visão ampla em relação a este ponto, *qualquer pessoa* dentro dessa entidade pode desencadear essa responsabilidade, contando que actue em nome e no interesse do ente colectivo, bem como que não aja contra ordens dos seus superiores.

Num outro sentido, há quem defenda que essas pessoas poderão apenas ser titulares dos órgãos da entidade colectiva, actuando no exercício das suas funções. GERMANO MARQUES DA SILVA fala, neste âmbito do conceito de *managerial mens rea*: presente no direito anglo-saxónico e introduzido na jurisprudência inglesa em 1971, este conceito significa que apenas podem desencadear a responsabilidade da entidade colectiva quem exerce um cargo de direcção, actuando no exercício dos seus poderes, ou, nas palavras do referido autor “aqueles que têm o poder de definir a política da sociedade e, por isso, de conformar a «vontade» social”¹³⁸.

Acompanhando a tendência para o alargamento do círculo de pessoas a que aqui nos referimos, o conceito de *composite mens rea* abrange já “os quadros

¹³⁵ O autor CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ denomina-os modelos de “heterorresponsabilidad”, CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ (2005), p.51, bem como AUGUSTO SILVA DIAS (2008), p.112.

¹³⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.177.

¹³⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.177.

¹³⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.179.

intermédios e mesmo a generalidade dos trabalhadores que actuem de acordo com as orientações gerais da sociedade”¹³⁹.

O nosso legislador adoptou o conceito de “pessoas em posição de liderança” para definir que agentes físicos podem conduzir, com os seus actos, à imputação do facto ilícito à pessoa colectiva. Faremos, adiante, uma análise detalhada deste conceito.

Por fim, este modelo não está isento de críticas, uma das principais falhas que lhe é apontada assenta na automaticidade da imputação do facto à pessoa colectiva. Isto é, há quem defenda que esta automaticidade significa que não é exigível culpa própria do ente colectivo, ou “a culpa da sociedade é estranha a qualquer juízo de valor pelo que a culpabilidade da sociedade será uma falsa culpabilidade”¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

Outra crítica que pode ser feita prende-se com os casos em que não é possível determinar quem foi o responsável pela infracção, algo que acontecerá mais facilmente quanto mais complexa se apresentar a estrutura do referido ente colectivo e que conduziria, à partida, nos termos deste modelo, à impunidade da pessoa colectiva. Numa tentativa de contornar esta dificuldade em alguns países tem-se defendido que será ainda possível imputar o facto ao ente colectivo se “for possível estabelecer satisfatoriamente que o facto típico só pode ter sido perpetrado por algum dos agentes a que a lei atribui o poder de comprometer a sociedade”¹⁴². Uma outra solução é a consagrada no código penal suíço, que se traduz na aceitação de uma “responsabilidade puramente *subsidiária* ou *alternativa*”¹⁴³, isto é, aceita-se que a pessoa colectiva seja punida se for praticado um acto ilícito e não for possível apurar o autor do mesmo, se essa impossibilidade for susceptível de ser atribuída a uma “*deficiente organização* do ente colectivo”. Esta solução não está, igualmente, livre de críticas. Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA “é uma solução pragmática, mas que se afigura um monstro jurídico já que a falta de organização não é considerada a causa da prática do crime mas tão-só da não

¹³⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.179.

¹⁴⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p. 180.

¹⁴¹ Não compreendemos que assim seja, pois veremos que a pessoa que age em circunstâncias que permita a imputação do facto à pessoa jurídica está a exprimir uma vontade e culpa não só próprias, mas também da mesma.

¹⁴² GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p. 181. Na n.181 o autor sublinha que um exemplo é o da lei italiana, que no Decreto n°231/2001 determina a “autonomia da responsabilidade do ente colectivo relativamente ao agente físico quando: a) o autor do crime não seja identificado ou não seja imputável (...)”.

¹⁴³ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p. 182.

descoberta do seu autor físico”¹⁴⁴, no fundo, e seguindo o pensamento deste autor, estamos perante a consagração de uma responsabilidade objectiva no âmbito do direito penal.

DIRECTOS ¹⁴⁵

O que distingue este do anterior modelo de imputação é o facto de não se exigir a imputação do facto a uma pessoa física num primeiro momento para que possa imputar-se o facto à pessoa colectiva.

Assume aqui uma particular relevância o conceito de culpa própria da entidade colectiva¹⁴⁶. É nessa culpa que vai assentar a sua responsabilidade em última instância, e é sobre ela que nos deteremos de seguida.

Vimos que durante muito tempo se negou quer a capacidade de acção, quer a capacidade de culpa da pessoa colectiva, e vimos também que desde há alguns anos que a doutrina superou esses dogmas e aceitou que a mesma possa ser capaz de ambas as coisas. Esta tem, então, capacidade de culpa. Mas que culpa será essa? Se, para alguns, é um “reflexo” da culpa da pessoa física (segundo o modelo que analisámos anteriormente), para outros a culpa da pessoa colectiva é uma categoria própria, constrói-se com base, já não num comportamento de uma pessoa física, mas antes partindo de algo inerente ao ente colectivo¹⁴⁷ – algo que será variável consoante as teorias dos vários autores.

Para iniciar esta exposição cremos que vale a pena começar por referir o autor que, nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, “reelaborou o conceito de culpabilidade das pessoas jurídicas”¹⁴⁸. Trata-se de KLAUS TIEDEMANN, cujo

¹⁴⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p. 182.

¹⁴⁵ O autor CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ denomina-os modelos de “*autorresponsabilidad*”, CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ (2005), p.51, assim como AUGUSTO SILVA DIAS (2008), p.112.

¹⁴⁶ Não queremos com isto dizer que o conceito não tenha igualmente relevância no modelo anterior, naturalmente que tem, pois em qualquer um deles sempre se exige que exista uma culpa da entidade colectiva, caso contrário estaríamos a falar de uma responsabilidade sem culpa.

¹⁴⁷ O que está em causa é o reconhecimento de um juízo de culpa dirigido à própria pessoa colectiva.

¹⁴⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.184.

pensamento assenta primordialmente na denominada “*culpabilidade de organização*”¹⁴⁹. Este autor partiu da premissa de que é possível elaborar um conceito de culpa diferente do tradicional – assente num juízo de censura ético – orientado por “categorias sociais e jurídicas”¹⁵⁰. Esse juízo passaria, assim, a ser dirigido à referida culpabilidade de organização.

Vejamos agora qual o significado desse conceito: o facto ilícito poderá (reunidos que estejam todos os requisitos necessários, naturalmente) ser imputado à pessoa colectivas sempre que “esta e os seus órgãos não tomaram as precauções necessárias para assegurar uma actuação em conformidade com o Direito”¹⁵¹, ou seja, entende-se que apenas é possível a prática de acto ilícito em virtude de uma deficiência na organização da entidade, daí que se impute o facto à mesma quando se entende que ela poderia ter impedido a prática desse facto¹⁵². Essa omissão está na base da reprovação dirigida ao ente colectivo, e na base do referido conceito de culpabilidade na organização¹⁵³.

Defensor deste conceito de culpa pela organização, FERNANDO TORRÃO¹⁵⁴ explica em termos bastante claros: esta deficiência organizacional é provocada por uma atitude criminal colectiva, sendo a origem da dita deficiência remetida aos órgãos dirigentes que, sendo responsáveis por definir a estrutura organizacional da pessoa jurídica, falham. Este conceito de culpa autónoma da pessoa jurídica sempre se remeterá, portanto, para o plano desses órgãos¹⁵⁵. É de sublinhar, contudo, que este autor faz uma clara separação entre a culpa da pessoa jurídica e a culpa das pessoas físicas que se

¹⁴⁹ Ou “*modelo da culpa pela organização*” como refere GONÇALO DE MELO BANDEIRA (2004), p.489.

¹⁵⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.185.

¹⁵¹ Nas palavras do próprio TIEDEMANN: “[n]osotros hemos sostenido un punto de vista (...) que partitía de un principio de falta (y de culpa) de organización como legitimación de la responsabilidad de la agrupación, permitiendo así la imputación de la culpa individual de las dirigentes a la empresa (...)”, (1995), p.30.

¹⁵² Desta forma pretendeu este autor contornar as críticas dirigidas aos modelos de responsabilidade indirecta: é-lhe apontada a falha do mesmo conduzir a uma responsabilidade penal por facto alheio.

¹⁵³ Nas palavras de GONÇALO DE MELO BANDEIRA “os entes colectivos, ao serem destinatários das normas de conduta, são susceptíveis de serem objecto de exigências de organização, as quais deverão ser realizadas através de oportunas e propositadas medidas de controlo e vigilância que permitam evitar o cometimento de crimes pelos seus membros ou elementos”. O mesmo autor salienta ainda que esta teoria tem a sua base nos ordenamentos jurídicos dos EUA, Japão, Holanda e Noruega, a título de exemplo, onde a responsabilidade criminal das pessoas colectivas assenta – embora dependa, naturalmente, de outros requisitos – na falta de organização do ente colectivo, (2004), p.489 e 490.

¹⁵⁴ FERNANDO TORRÃO (2010), p.302.

¹⁵⁵ O autor especifica ainda que “é nos comportamentos dos dirigentes de uma empresa (...) que, de algum modo, se pode aferir da tendência para um carácter normalmente conforme ou não às regras do ordenamento jurídico da própria pessoa colectiva”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.303.

encontram numa posição de liderança: “a culpa das pessoas colectivas só será político-criminalmente operante se se não configurar como puro *reflexo* (ou *ricochete*) das culpas típicas dos titulares dos órgãos dirigentes”, enfatizando depois que essa culpa deve “buscar-se num conceito de *culpa colectivamente típica* e, por isso, *autónoma* dessa pessoa jurídica, ou seja, nas culpas que, provindo das pessoas individuais (situadas ao nível de órgãos de liderança), não são individualmente típicas, só o sendo (típicas) face à *acção* que à pessoa *colectiva* se imputa. Assim, deve a culpa das pessoas colectivas *autonomizar-se* da culpa das pessoas singulares titulares de órgãos dirigentes, ainda que destas pessoas provenha, pois com elas estabelece a *relatio in altero* precisamente no plano da culpa”¹⁵⁶.

Num sentido que acreditamos ser o mesmo, JOAQUÍN CONTRERAS¹⁵⁷ fala de “*culpabilidade por no haberse organizado bien com anterioridade al momento del hecho*”: para que possa responsabilizar-se o ente colectivo é necessário, nomeadamente, que “*se compruebe que si se hubiesen cumplido los deberes de control, se habría impedido el delito del empleado o representante*”, posição que nos remete para o conceito elaborado por TIEDEMANN.

Por fim, ainda neste sentido GONÇALO DE MELO BANDEIRA sustenta igualmente um conceito de culpa baseado numa “organização deficiente do ente colectivo”, nas palavras do próprio “é (...) uma responsabilidade originária da própria organização que é independente da culpa das pessoas individuais”. De uma forma mais rigorosa este autor fala numa “culpa pela condução do ente colectivo” - que o mesmo define como sendo “uma espécie de culpa pela não organização ou não formação do ente colectivo de acordo com os princípios do Direito” - que, do ponto de vista dogmático seria análogo ao conceito de culpa pelo acto individual. Ao caracterizar este conceito o referido autor traz para a discussão uma ideia de “dimensão temporal”, sendo esta parte constitutiva do mesmo. No fundo a sua posição vai ao encontro daquilo que JOAQUÍN CONTRERAS defende: a culpa própria do ente colectivo não remonta a um determinado momento, mas antes se “desenvolve” ao longo de um período de tempo. Assim, “a maioria das situações que o Direito Penal deve tratar, são o resultado de um desenvolvimento deficiente da empresa que não é atribuível a decisões individuais, mas

¹⁵⁶ FERNANDO TORRÃO (2010), p. 371.

¹⁵⁷ JOAQUÍN CONTRERAS (2013), p.16 e 17.

sim a uma deficiência duradoura na previsão dos riscos de exploração”¹⁵⁸. Desta forma, um dos pontos chave deste entendimento é precisamente a ideia de uma “*deficiência do domínio da organização*”¹⁵⁹.

Vale a pena sublinhar que são vários os autores que rejeitam esta teoria por defenderem que, estando perante uma culpa própria da organização, autónoma, portanto, do comportamento daqueles que cometeram de facto a infracção, está em causa uma culpa como a *culpa na formação da personalidade*, e não uma culpa que diga respeito ao facto, como é exigido no nosso ordenamento jurídico¹⁶⁰. Neste sentido GONÇALO DE MELO BANDEIRA sublinha que “[n]a teoria de Tiedemann o facto não é mais do que o pretexto, a ocasião, porventura a condição de punibilidade, para punir a sociedade pela deficiência da sua organização, mas dispensa qualquer referência à culpa no próprio facto, pelo que, verdadeiramente, o que consagra é uma responsabilidade objectiva”¹⁶¹. No mesmo sentido ISABEL MARQUES DA SILVA sublinha que “[n]o estágio actual da legislação penal portuguesa relativa à responsabilidade das pessoas colectivas, a teoria de Tiedemann é inaceitável, porque configura uma culpa referida exclusivamente à própria organização da pessoa colectiva, do tipo da *culpa na formação da personalidade*, e não uma culpa relativa ao facto”¹⁶².

HEINE, por sua vez, não aceitando igualmente que o tradicional conceito de culpa pudesse ser aplicado às pessoas jurídicas, elaborou uma teoria “do domínio de organização funcional-sistemático”, contrapondo-se esta à teoria do domínio do facto elaborada por ROXIN no âmbito do direito penal individual. Subjacente a esta teoria está a ideia de que a condução de uma actividade empresarial - através de uma pessoa colectiva - tem inerentes certos riscos, que este autor defendeu serem mais graves do que os criados pelas pessoas físicas. Se o ente colectivo não toma as medidas necessárias para controlar esses riscos dá-se um “domínio defeituoso da organização”.

¹⁵⁸ GONÇALO DE MELO BANDEIRA (2004), p.501.

¹⁵⁹ O mesmo autor cita HEINE quando caracteriza essa deficiência como um “processo acumulativo de uma administração deficiente gerada durante um largo tempo”, GONÇALO DE MELO BANDEIRA *apud* HEINE (2004), p.505.

¹⁶⁰ No ensinamento de FIGUEIREDO DIAS: “todo o direito penal é direito penal do facto, não direito penal do agente. E num duplo sentido: no de que toda a regulamentação jurídico-penal liga a punibilidade a tipos de factos singulares e à sua natureza, não a tipos de agente e às características da sua personalidade; e também no de que as sanções aplicadas ao agente constituem consequências daqueles factos singulares e neles se fundamentam, não são formas de reacção contra uma certa personalidade ou tipo de personalidade”, FIGUEIREDO DIAS (2007), p.235.

¹⁶¹ GONÇALO DE MELO BANDEIRA (2004), p.493.

¹⁶² ISABEL MARQUES DA SILVA (2000), p.148.

O que daqui resulta é que nesses casos, verificando-se um comportamento ilícito esse poderá ser imputado à pessoa colectiva. A sua culpa funda-se, então, na falha ao prevenir um comportamento que deveria ter impedido, no âmbito do seu dever de zelar pela restrição dos riscos envolvidos na actividade em causa. Por outras palavras “a realização de um risco típico da actividade empresarial deve entender-se como a condição objectiva da sanção”¹⁶³. Assim, para HEINE “o ilícito cometido por uma empresa não se apresenta como uma acção dominada pela vontade de um autor, mas como consequência de um processo de acumulação de um *management* defeituoso”¹⁶⁴. Opinião que parece ser igualmente sustentada por GONÇALO DE MELO BANDEIRA que em vez de usar aquela expressão fala antes em “«*política de empresa*» defeituosa”, política esta que vai permitir a prática de crimes, o que se justifica, assim, pelo facto de “se incumprirem deveres e normas, assim como faltas de organização (estruturação) e de vigilância”¹⁶⁵.

Por sua vez, LAMPE criou o conceito de “*sistemas de ilícito*”, por oposição ao conceito de acções do ilícito, cuja dogmática seria apenas aplicável a comportamentos ilícitos levados a cabo por um autor individual. Estes seriam “sistemas sociais” por se estabelecerem em função das relações existentes entre os comportamentos ilícitos e a comunidade”¹⁶⁶. De uma forma simples, este autor entende que se o papel do direito penal é o de proteger valores imprescindíveis numa sociedade, então, da mesma forma que se censura o comportamento de um indivíduo que desrespeita esses valores se pode - e deve - censurar o comportamento de uma entidade colectiva que aja da mesma forma. Também ela deve - como a pessoa individual - orientar o seu comportamento de acordo com os valores da sociedade onde se insere. A censura ético-social que se faz a uma, pode igualmente fazer-se a outra quando desrespeitam esses valores. Concluindo, da mesma forma que se fala em “culpabilidade pessoal”, pode igualmente falar-se em “culpabilidade social”¹⁶⁷. LAMPE fez assentar este conceito numa ideia de “mau carácter empresarial”¹⁶⁸, pelo que essa culpabilidade fundar-se-á no facto da pessoa colectiva ter criado, ou mantido essa filosofia, dando azo à prática de factos ilícitos no seu seio.

¹⁶³ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.186.

¹⁶⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.186.

¹⁶⁵ GONÇALO DE MELO BANDEIRA (2004), p.489.

¹⁶⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.187.

¹⁶⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.187.

¹⁶⁸ Ainda na esteira de GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.188.

3.2. Imputação objectiva

Vejam agora qual a opção seguida pelo nosso legislador. Em que moldes está consagrado no ordenamento jurídico português a responsabilidade penal das pessoas colectivas?

A nossa análise irá recair, logicamente, sobre o art. 11º do C.P. que – como já referimos - veio alargar esta responsabilidade ao campo do direito penal clássico, uma vez que o objectivo é centrar este estudo na imputação do crime de branqueamento de capitais às pessoas jurídicas.

FORMAIS ¹⁶⁹

Seguiremos nesta exposição a sistematização feita por GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁷⁰ que divide, desde logo, a imputação objectiva do facto à pessoa jurídica em pressupostos formais e materiais.

Quais são, então, os pressupostos formais? A resposta a esta questão encontra-se plasmada no 11º/2: *o crime tem que ser cometido por quem ocupe na pessoa jurídica uma posição de liderança ou por quem aja sobre a autoridade dessas*. Assim, à partida, se o facto puder ser objectivamente imputado a estas pessoas poderá sê-lo, igualmente, à pessoa colectiva. Salvaguardando que, em relação a “quem aja sobre a autoridade das pessoas em posição de liderança” há que verificar se estão reunidos todos os requisitos para que possa considerar-se a imputação a título de omissão imprópria, isto é, porém, uma análise que remetemos para depois¹⁷¹.

¹⁶⁹ CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA designa estes como uma “conexão de âmbito subjectivo”, em vez da designação de “requisitos formais”, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA (2008), p.130.

¹⁷⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.223 e segs.

¹⁷¹ O nosso legislador foi assim ao encontro do direito da União europeia e do Conselho da Europa – quer em relação aos pressupostos formais, como também dos materiais, como veremos posteriormente -, plasmado, inicialmente no Relatório Explicativo do Segundo protocolo à Convenção sobre a protecção dos interesses financeiros da CE, que foi aprovado pelo Conselho em 1999 e que consagra o seguinte: “*liability of a legal person for one of the offences mentioned exists if at least two complementary criteria are met: (i) the offence involved has been committed for the benefit of the legal person; and (ii) the offence has been committed by a natural person who has a certain leading position within the legal person*”. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.95.

TERESA QUINTELA DE BRITO sublinha, a este propósito, a importância que o facto cometido pela pessoa singular tem na construção da responsabilidade da pessoa jurídica: “tal facto *constitui o objecto da imputação, mas não o fundamento da imputação*, já que o princípio da responsabilidade penal pessoal nos obriga a autonomizar e a dissociar a responsabilidade individual e colectiva”. A autora acrescenta ainda que “o fundamento da imputação de responsabilidade à pessoa colectiva reside na relação interna entre ela e o facto cometido pela pessoa singular”¹⁷².

a)Alínea a) do n.º2 do art.11º

Cabe agora esclarecer o que devemos entender por “pessoas em posição de liderança”^{173 - 174}. Podemos, novamente, mobilizar o art. 11º para responder a esta questão, mais concretamente o seu nº4, que nos diz que são pessoas em posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa colectiva, bem como quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade¹⁷⁵. Faremos de seguida uma análise detalhada sobre cada um destes conceitos.

Órgão da pessoa jurídica é, ou são - nas palavras de JOÃO CASTRO E SOUSA - “as pessoas físicas que integrem a vontade da pessoa colectiva, ou seja as pessoas físicas que integram os «centros institucionalizados de poderes funcionais a exercer pelo

¹⁷² TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1427.

¹⁷³ FERNANDO TORRÃO assinala que a consagração desta expressão veio superar algumas dificuldades levantadas pela teoria dos órgãos - adoptada largamente no direito penal secundário - nas suas palavras “ [o] modelo de imputação que transparece do art. 11º do CP aparenta continuar situado dentro dos meridianos que conglobam a teoria dos órgãos, embora introduza algumas correcções que se afiguram de extrema relevância na superação de alguns *defeitos* e *excessos* de uma (quase) *estrita* teoria dos órgãos, tal como surge no direito penal secundário. (...) Deste jeito se liberta o modelo de imputação, aqui consagrado, do *formalismo* característico da teoria dos órgãos que tantos entraves de política criminal suscita, adoptando-se um critério *materialmente* mais ajustável à realidade idiossincrática das pessoas colectivas”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.462.

¹⁷⁴ Ao longo deste trabalho iremos utilizar, indistintamente, outros termos para nos referi-mos a estas, como superiores hierárquicos ou, simplesmente, líderes (designação igualmente adoptada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.95), por forma a evitar uma excessiva repetição de termos. Note-se que a expressão “pessoas em posição de liderança” adoptada pelo legislador português tem a sua origem na legislação comunitária: logo em 1999 na Convenção n.º173, relativa à lei penal sobre corrupção, se referem as pessoas numa “*leading position*”.

¹⁷⁵ O C.P. adoptou, desta forma um conceito mais amplo do que o consagrado noutros preceitos legais, como é o caso do Regime Geral das Infracções Tributárias (art.7º/1) e do próprio Regime Geral de Mera Ordenação Social (art.7º/2), que apenas incluem neste conceito os órgãos e representantes.

indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiverem providos com o objectivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa colectiva”¹⁷⁶⁻¹⁷⁷.

O que acontecerá se, sendo praticado um crime por membros do órgão, não se puder considerar o mesmo como imputável (por essa via) à pessoa jurídica? Há sempre a possibilidade dessas pessoas reponderem pessoalmente pelo facto praticado, se, logicamente, com o seu comportamento preencherem o tipo objectivo e subjectivo do crime de branqueamento de capitais¹⁷⁸.

Também em relação a esta responsabilidade pessoal a circunstância de estarmos perante um órgão colegial faz levantar algumas questões: há que considerar que pessoas físicas votaram contra a resolução que exprime a vontade colectiva, que não serão, à partida, pessoalmente responsabilizadas¹⁷⁹. GERMANO MARQUES DA SILVA chama a atenção para os casos em que um membro do órgão tem direito de oposição e, não obstante, não o exerce, permitindo dessa forma que seja aprovada a “deliberação criminosa”¹⁸⁰. O que dizer desta situação? Para o referido autor esse deve ser responsabilizado - solução que nos parece a mais plausível - ressalvando, no entanto que sempre será necessário analisar o caso concreto e verificar nomeadamente, se esse agiu com, pelo menos, dolo eventual¹⁸¹. Mais complicada é a situação das abstenções: para o mesmo, estas, ao viabilizarem uma maioria, equivalem a “uma adesão voluntária ao voto maioritário”¹⁸². Parece-nos ser, talvez, a solução mais razoável admitir que, existindo dolo eventual, quem se absteve deva ser responsabilizado nestes termos.

Há que notar, contudo, que uma decisão tomada pelos membros do órgão não é, em si mesma, um crime. Este facto não retira importância ao que acabámos de dizer mas implica que nos debrucemos agora sobre a execução da decisão tomada pelo órgão

¹⁷⁶ JOÃO CASTRO E SOUSA (1985), p.223.

¹⁷⁷ Por sua vez, MIGUEL CORREIA define órgão como sendo “as entidades ou núcleos de atribuição de poderes que integram a organização interna da sociedade e através dos quais ela forma, manifesta e exerce a sua vontade de pessoa jurídica”, MIGUEL CORREIA (2007), p.240.

¹⁷⁸ À questão da responsabilidade pessoal por actos funcionais iremos referir-nos posteriormente, embora apenas de forma breve.

¹⁷⁹ Neste sentido: “[o]s que votaram contra não manifestam vontade criminosa”, GERMANO MARQUES DA SILVA (2009) II, p.309; “se a pessoa é membro de um órgão colegial, está excluída a responsabilidade criminal da pessoa sempre que ela vote expressamente contra a deliberação do órgão”, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.99.

¹⁸⁰ Nas palavras do mesmo autor.

¹⁸¹ Vimos, em momento anterior, que o crime que aqui discutimos é exclusivamente doloso.

¹⁸² No mesmo sentido aponta PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE: “há responsabilidade criminal no caso do silêncio de quem tem o direito de veto da decisão do órgão colegial, bem como no caso da abstenção que viabiliza a decisão maioritária”, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.99.

colegial. Assim, tomada uma decisão de cometer o crime, como vamos responsabilizar, por um lado o executor, e por outro, os restantes membros do órgão? Em relação ao executor a resposta é simples: será responsabilizado como autor, e os demais? Estamos, neste ponto, de acordo com GERMANO MARQUES DA SILVA que considera que a resposta terá que ser encontrada nas figuras da instigação e da co-autoria.

Dentro, ainda, deste conceito podemos questionar a que órgãos se refere a lei. Sabemos, ao nos debruçarmos brevemente sobre a área do direito comercial que existem vários tipos de órgãos, nomeadamente os activos e consultivos. Os activos caracterizam-se por “formarem ou emitirem uma vontade juridicamente imputável à pessoa colectiva”, por sua vez, os consultivos limitam-se a “preparar elementos (em geral de ordem científica ou técnica), com base nos quais os órgãos activos vão emitir a sua deliberação ou decisão”¹⁸³. Ambos se enquadram, naturalmente, no conceito legal de órgão, no entanto, podemos deduzir do que acabámos de expor que, verdadeiramente só os órgãos activos podem responsabilizar a sociedade já que são estes que “têm o poder de formar ou emitir uma vontade juridicamente imputável à pessoa colectiva”¹⁸⁴. Talvez seja de admitir, porém, que em certos casos um órgão que não o activo, possa, agindo dentro das suas competências, e actuando como órgão capaz de vincular a sociedade, responsabilizar criminalmente a mesma. O referido autor aponta ainda que, à partida, será aos órgãos de administração que a lei se refere, pelo facto de serem estes, habitualmente, que estão habilitados, quer pelos estatutos, quer pela própria lei, a formar e/ou emitir uma vontade juridicamente imputável à sociedade.

Uma outra questão de grande relevância prática prende-se com a actuação dos órgãos de facto e de direito dentro de uma entidade jurídica – importante será notar que tem sempre que existir (ao considerar os órgãos de facto) uma actuação consentida pelos órgãos de direito¹⁸⁵.

O que devemos entender por órgãos de facto? GERMANO MARQUES DA SILVA entende estarem incluídas, no conceito de órgãos de facto aquelas pessoas que “exercem efectivamente os poderes que pertencem aos titulares dos órgãos, mas não são

¹⁸³ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.210.

¹⁸⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.210.

¹⁸⁵ Consentida no sentido de que a actuação da pessoa enquadrada no conceito de órgão de facto é conhecida, e ainda desejada pelos órgãos de direito, actuando essa pessoa como se tivesse poderes para representar a sociedade, agir em nome dela, em suma, expressar uma vontade que a vincule.

juridicamente titulares desses poderes”¹⁸⁶, não são, portanto, órgãos no sentido jurídico da palavra . Considera ainda como órgãos de facto as pessoas que integrem os órgãos de direito mas “exercam as suas funções com desrespeito pelas regras legais ou estatutárias de formação de vontade da sociedade”¹⁸⁷⁻¹⁸⁸ . Poderão os actos destas pessoas ser imputados à pessoa jurídica?

Creemos que não há vantagem em admitir um alargamento excessivo do conceito de órgão¹⁸⁹. Em relação às primeiras pessoas referidas, não parece ser de defender que possam ser consideradas órgãos. Se, efectivamente desempenham um papel importante no seio da pessoa jurídica poderão ser incluídas num dos outros conceitos mencionados no 11º/4, ou ainda responsabilizar a mesma por via do 11º/2/b). Parece-nos ser esta uma solução razoável. Por sua vez, em relação ao outro grupo de pessoas referidos cremos já se tratar aqui de uma situação que faz sentido enquadrar no conceito de “órgão de facto”, e portanto, os seus actos devem poder ser imputados à pessoa colectiva nestes termos¹⁹⁰⁻¹⁹¹. Esta solução não é, porém, consensual. São vários

¹⁸⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.231.

¹⁸⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.232.

¹⁸⁸ Esta é uma situação que acontece não raras vezes na vida prática, basta pensar nas situações em que se decide , no seio de uma empresa, sem que se verifiquem as formalidades necessárias para a tomada da decisão.

¹⁸⁹ MANUEL LOPES ROCHA adopta precisamente um conceito de órgão que nos parece demasiado amplo, para este “a expressão órgão deve ser identificada com as pessoas físicas que, *enquanto tais*, actuam em nome do ente colectivo”, ensinando ainda que “é à lei extrapenal que deve naturalmente recorrer-se para o preenchimento desse conceito, cuja generalidade aponta para pessoas que estatutariamente ou de facto praticam actos imputáveis à pessoa colectiva ou, por outras palavras, que integrem a *vontade* desta”. Importante será notar que o autor faz estas afirmações referindo-se ao Decreto-Lei 187/83, de 13 de Maio, cujo art.21º determinava que se aplicassem às pessoas colectivas as multas previstas para os crimes de contrabando e descaminho, quando estes tenham sido praticados pelos respectivos órgãos (no exercício das suas funções, naturalmente). Ao falar apenas em órgãos esta era uma previsão bastante restrita ao nível da imputação do facto ao ente colectivo, o que talvez contribua para que este autor defenda uma concepção tão abrangente do mesmo. De igual forma, encontramos alguma jurisprudência, embora no campo contra-ordenacional, que vai ao encontro da opinião deste, aceitando um conceito de órgão que abrange até o mero funcionário, é o caso do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo 5454/11.7TBMAI.P1, de 16-01-2013, onde se afirma: “[c]remos que o conceito a adoptar é um conceito amplo que abrange toda aquela pessoa física que age em nome e em representação da pessoa colectiva e no exercício das funções que pela pessoa colectiva lhe foram cometidas, e cujos efeitos se repercutem na esfera jurídica daquela e não neste”. Mais uma vez, no entanto, há que ressaltar que estamos aqui no campo contra-ordenacional, onde a previsão da responsabilidade das entidades colectivas tem uma configuração distinta da do art. 11º do C.P.. Diz o art.7º/2 do Regime Geral das Contra Ordenações : “as pessoas colectivas ou equiparadas serão responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções”.

¹⁹⁰ A favor desta solução GERMANO MARQUES DA SILVA argumenta que o Código das Sociedades Comerciais prevê que mesmo estando os poderes dos administradores delimitados pelos do órgão de

os autores que não aceitam que um acto possa ser imputado à referida entidade quando praticado nestas circunstâncias. Entendem estes que a sociedade é aqui uma “vítima”¹⁹², argumento que não convence já que a actuação destas pessoas, mesmo agindo nestes termos, não deixa de consubstanciar uma manifestação de vontade da pessoa colectiva. Para além disto, estaríamos a permitir uma verdadeira cláusula de impunidade desta entidade se assim não fosse¹⁹³.

Por fim, falta questionar o que acontece quando os órgãos actuam fora das suas atribuições. A isto nos iremos referir num ponto autónomo, em que faremos uma análise do conceito de actos funcionais contrapondo-os aos actos pessoais.

Passando agora para uma análise do conceito de *representante*, quem pode ser considerado como tal?

GERMANO MARQUES DA SILVA começa por notar que muitas vezes este conceito se confunde com o de titular de órgão, dentro da pessoa colectiva (neste caso na veste de sociedade). Todas as sociedades tem órgãos com uma função representativa (órgãos de representação e administração), ou seja, os seus representantes são, nesta acepção, os titulares dos seus órgãos (é o caso dos gerentes, directores...). Também COUTINHO DE ABREU¹⁹⁴ nota: “o qualitativo “representação” a respeito destes órgãos é frequente não apenas na doutrina. É corrente na lei: “a administração e a representação da sociedade competem aos gerentes (CSC, art., 192.º, 1) (...)”.

Note-se, no entanto, que - como sublinha o referido autor - “esta representação não é representação propriamente dita (legal ou voluntária). Os órgãos são parte componente das sociedades; os titulares dos órgãos não querem nem actuam como

administração, quando o mesmo ultrapassa os seus poderes a sociedade continua a responder por eles., GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.232.

¹⁹¹ Neste sentido decidiu o Tribunal Constitucional (acórdão 395/2003): “ilibando a pessoa colectiva de responsabilidade por crimes praticados, em seu nome e em seu proveito, por seus representantes «reais» só pelo motivo de estes não ostentarem título jurídico que os permita qualificar como representantes ‘formais’, seria criar uma enorme lacuna de punibilidade quanto a infracções que podem revestir assinalável gravidade social” para além disso “tratando-se de um crime cometido por representante, mesmo que apenas “de facto” do ente colectivo, em cujo nome e interesse actua, não se mostra desrespeitado o princípio do carácter individual da responsabilidade penal. O ente colectivo não será responsabilizado por factos de terceiro, mas sim por factos praticados por um elemento da sua organização, actuando em seu nome e no seu interesse e sem desrespeitar ordens ou instruções de “quem de direito”, GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.233, n.63 e JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.127.

¹⁹² Utilizando a expressão de GERMANO MARQUES DA SILVA.

¹⁹³ Bastava às pessoas aqui em causa, intencionalmente, desrespeitar as referidas regras ao cometer o crime, sabendo dessa forma que a pessoa jurídica não poderia vir a ser responsabilizada.

¹⁹⁴ COUTINHO DE ABREU (2009), p.539.

terceiros em substituição ou em vez da sociedade (vontade e actos orgânicos são vontade e actos da sociedade). Fala-se, por isso, de “representação orgânica”¹⁹⁵. Da mesma forma MIGUEL CORREIA afirma que, em rigor, “não há uma verdadeira e própria representação da sociedade pelos titulares destes órgãos: estes são os elementos da própria sociedade, através dos quais esta se manifesta e actua”, “os seus poderes não estão limitados por um instrumento ou relação de mandato”¹⁹⁶, no mesmo sentido MANUEL ANDRADE, distinguindo os dois conceitos, diz-nos: “o órgão identifica-se tão completamente com a pessoa colectiva como os órgãos de um ser vivo se identificam e compenetraram com esse mesmo organismo de que fazem parte; ao passo que o representante conserva uma individualidade autónoma, diferente da do representado. Como desenvolvimento desta ideia, a vontade do órgão é referida e imputada por lei à pessoa colectiva, constituindo para o Direito, a própria vontade dessa pessoa; enquanto que a vontade do representante é a vontade dele mesmo, embora, numa certa medida, venha a produzir efeitos, desde logo, na esfera jurídica do representado. Correspondentemente, os actos do órgão valem como actos da própria pessoa colectiva, que assim agirá mediante os seus órgãos jurídicos, do mesmo modo que a pessoa singular actua e procede através dos seus órgãos físicos; mas já os actos do representante, como tal, serão actos seus próprios, conquanto possam ter aquela particular eficácia em confronto do representado”¹⁹⁷. Feita esta distinção, vejamos agora quem, nos termos no art.11º pode enquadrar-se neste conceito.

Acreditamos que a interpretação mais correcta seja uma visão restrita do mesmo, correspondente à figura da representação no direito civil¹⁹⁸⁻¹⁹⁹. Estaríamos a alargar de forma indefensável – para além de arriscar a violação do princípio da legalidade - o conceito de representante se admitíssemos incluir neste conceito pessoas que não possam ser consideradas, legalmente, representantes da pessoa colectiva. Se

¹⁹⁵ COUTINHO DE ABREU (2009), p.539. No mesmo sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, que a designam ainda “representação estatutária”, COUTINHO DE ABREU (2005), p.539.

¹⁹⁶ MIGUEL CORREIA (2007), p.252.

¹⁹⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA *apud* MANUEL ANDRADE, (2009), p.237, n.79.

¹⁹⁸ Na esteira de GERMANO MARQUES DA SILVA (2012), p.397. Posição diferente tem FERNANDO TORRÃO, que, aliás, defende que “o instituto da representação não se mostra, realmente, operativo no seio da narrativa jurídico-penal, estando, deveras, fadado para outros ramos do Direito, entre os quais se destaca o direito civil, e para actuações lícitas, posto que nas situações em que o representante actue ilicitamente cair-se-á, fatalmente, no seguinte dilema: ou o acto constitutivo da representação contem a prática do acto ilícito e é nulo (...), ou esse acto constitutivo não prevê o acto ilícito e a prática deste redonda num excesso de mandato e, enquanto tal, não existe representação no que, pelo menos, a este acto respeita, havendo, quando muito, um acto conexo com a representação”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.335.

¹⁹⁹ Para uma análise detalhada da figura no campo do direito civil: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO (2005), p.539 e segs.

assim fosse, se pudéssemos aí incluir qualquer pessoa que aja em nome da pessoa colectiva e no seu interesse, estaríamos, porventura, a permitir um alargamento a um demasiado vasto número de pessoas, promovendo uma insegurança neste campo, quando, estando aqui em causa uma responsabilidade penal, sabemos que são de afastar quaisquer indeterminações ou inseguranças. No mesmo sentido votou a Conselheira Fernanda Palma, no acórdão do Tribunal Constitucional 395/2003 (com voto de vencida)²⁰⁰, questionando: “[e]staremos já perante uma equiparação analógica dos representantes de facto aos representantes compreendidos no sentido específico referido preceito ou estaremos ainda a realizar uma interpretação permitida? A resposta que tal pergunta reclama de acordo com os princípios constitucionais aqui relevantes é, no meu entendimento, a primeira, por uma razão fundamental: a expressão ‘representante de pessoa colectiva’ só abrange com precisão e determinabilidade as pessoas que são representantes legais de pessoas colectivas, não podendo o intérprete fundamentar, consistentemente, na expressão ‘representante da pessoa colectiva’ a inclusão de quaisquer pessoas que ajam no interesse e em nome de uma pessoa colectiva ou, mesmo mais restritivamente, certas categorias de pessoas que ajam nessas condições. Ao dar esse passo o intérprete estará (...) a fomentar a insegurança nos destinatários do Direito sobre as condições em que uma actuação (...) suscita responsabilidade penal”²⁰¹⁻²⁰².

Parece-nos ainda que não se gera, desta forma, uma lacuna de punibilidade já que, os actos destas pessoas (que não se enquadram em nenhum dos conceitos abrangidos por ‘pessoa em posição de liderança’ que o 11º/4 discrimina) levados a cabo no interesse e em nome da pessoa jurídica podem ser imputados à mesma por via do 11º/2/b)²⁰³. Se a intenção do legislador fosse a de admitir um conceito amplo de

²⁰⁰ Assim, o entendimento do Tribunal foi no sentido de admitir que um mero representante de facto possa desencadear, com a sua actuação ilícita a imputação do facto à entidade jurídica, porquanto - segundo o mesmo - esta será a “interpretação adequada às finalidades do sistema punitivo em causa, sob pena de, ilibando a pessoa colectiva de responsabilidade por crimes praticados, em seu nome e em seu proveito, por seus representantes “reais” só pelo motivo de estes não ostentarem título jurídico que os permita qualificar como representantes “formais”, se criar uma enorme lacuna de punibilidade quanto a infracções que podem revestir assinalável gravidade social”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.459.

²⁰¹ GERMANO MARQUES DA SILVA *apud* FERNANDA PALMA (2009), p.241 (n.96).

²⁰² Num sentido diferente, admitindo que o representante de facto possa também ser considerado representante para este propósito: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.95.

²⁰³ O mesmo aponta JORGE DOS REIS BRAVO: “as acções ou omissões (...) de qualquer trabalhador, quadro, pessoa contratada por conta de uma pessoa colectiva, que actue nessa qualidade e com um alcance de «interesse colectivo» pode fazer emergir, com a sua actuação, a responsabilidade da entidade colectiva, empregadora ou contratadora (de outro tipo). Ponto é que haja actuado sobre a autoridade da pessoa colectiva ou de pessoa com posição de liderança e em virtude da violação dos deveres de vigilância e controlo que lhe incumbem”, JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.198.

representante nos referidos termos, não ficaria esta previsão legal desprovida , pelo menos quase totalmente, da sua utilidade?²⁰⁴

Por fim, analisaremos quem podem ser as *peças com autoridade para exercer o controlo da sua actividade*. Esta terminologia do legislador português parece ter sido inspirada no *Corpus Juris* cujo art.13º se refere, para além de aos órgãos e representantes da entidade colectiva , a toda a pessoa “*acting in it’s name and having power, whether by law or merely in fact, to make decisions*”. A tónica coloca-se, portanto, na autoridade e na possibilidade de exercer o dito controlo.

Que pessoas podem ser estas? Mais uma vez, GERMANO MARQUES DA SILVA diz-nos que podem estar aqui em causa casos de delegação de funções de controlo/autoridade em relação a um determinado sector de actividade (ou apenas actividade), de forma a que, em relação a esse elas exercem um domínio; bem como casos de pessoas que não são órgãos, nem representantes mas exercem algum tipo de poder de controlo (embora apenas de facto). No fundo, são situações concretas em que estas pessoas tem o poder de decidir em nome da pessoa jurídica. (“poder para tomar decisões”, indo ao encontro da formulação do *Corpus Juris*).

Note-se que, mais uma vez, temos que atender ao 11º/6, na medida em que o poder de que goza esta pessoa tem que ser conferido, ou pelo menos reconhecido por “quem de direito, ainda que tacitamente”, não podendo o facto praticado por esta pessoa ser imputado à entidade colectiva se foram desrespeitadas “ordens ou instruções expressas de quem de direito”²⁰⁵.

²⁰⁴ Ainda a favor desta solução , aquando da revisão do Código Penal, a propósito do art.12º levantou-se a questão de saber se “a doutrina do artigo só deve valer para as hipóteses em que é ineficaz o acto jurídico, fonte dos poderes de representação, ou se deverá também aplicar-se a toda a representação de facto, mesmo quando não haja título”, a resposta foi no sentido de ser exigível ,sempre, um título que confira poderes ao representante. Talvez possamos concluir, desta forma, que é intenção do legislador que o conceito de representante seja entendido no sentido de representante legal. GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.242.

²⁰⁵ Veremos posteriormente - ao analisar o 11º/6 - a quem se refere a expressão “quem de direito” e que forma deverão ter estas ordens.

b) Alínea b) do n.º2 do art.11º

Determina esta alínea que o crime poderá também ser imputado à pessoa colectiva quando este for cometido por quem aja sobre a autoridade das pessoas em posição de liderança, *em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem*²⁰⁶. cremos que se trata de uma admissão expressa (uma espécie de “reforço” daquilo que poderia ser já admitido em virtude do art. 10º do C.P.), por parte do legislador, da possibilidade de haver responsabilidade da pessoa colectiva em virtude da imputação de um crime a título de omissão imprópria²⁰⁷⁻²⁰⁸. Esta não é, porém, uma opinião consensual. JORGE DOS REIS BRAVO defende não ser isto o que está aqui em causa já que a dificuldade de prova seria de tal ordem que não poderia ter sido essa a intenção do mesmo. Entende este que os deveres de vigilância e controlo previstos na lei se prendem com a existência de um dever geral desta natureza em relação à actividade de entes colectivos, que cumprem, nomeadamente o objectivo de representar para o exterior a relação de autoridade/domínio - sobre as pessoas nos escalões hierárquicos inferiores, que vêm desta forma a sua actividade fiscalizada - existente no seio dessas entidades. Neste sentido o autor admite estarmos perante uma posição de

²⁰⁶ Esta previsão terá sido, provavelmente, inspirada no art.12º/3 do *Corpus Juris* (note-se, contudo, que este apenas diz respeito à responsabilidade das pessoas por ele designadas como “*head of business*” ou “*persons with powers of decision and control within the business*”. A responsabilidade das pessoas colectivas encontra-se prevista no art. 13º do mesmo diploma legal) que determina: “*if one of the offences (...) is committed by someone acting under the authority of another person who is the head of a business, or who controls it or exercises the power to make decisions within it, that other person is also criminally liable if he failed to exercise necessary supervision, and his failure facilitated the commission of the offence*”.

²⁰⁷ Sabemos já que aos crimes de omissão imprópria ou impura se contrapõe os crimes de omissão puros ou próprios. Vale a pena relembrar o que os distingue: uma parte da doutrina afirma que a diferença entre os dois assenta no facto de que, nos crimes de omissão própria a parte especial do nosso C.P. descreve “os pressupostos fácticos donde deriva o dever jurídico de actuar (isto é, não só refere o dever como também o agente que deve garantir o seu cumprimento), por outro lado, os crimes de omissão impuros não são referidos expressamente na lei, existindo antes por via de uma cláusula geral de equiparação da omissão à acção (art.10º C.P.). Contudo, a doutrina tradicional vai num outro sentido, defendendo que os delitos próprios de omissão se caracterizam pelo facto de que o “tipo objectivo do ilícito se esgota na não realização da **acção** imposta pela lei”, enquanto, por outro lado, os delitos de omissão impuros serão aqueles “em que o agente assume a posição de garante da não produção de um **resultado típico**”. Esta distinção leva a que alguns autores afirmem que no fundo, o que os distingue é o facto de que um consubstancia sempre um crime de resultado (crimes de omissão impura), e o outro um crime de mera actividade (crimes de omissão pura). Em jeito de conclusão FIGUEIREDO DIAS afirma “[t]udo considerado, deve concluir-se que o critério fundamental de distinção (...) passa pela circunstância decisiva de os **impuros**, diferentemente dos puros, **se não encontrarem descritos em um tipo legal de crime**, tornando-se por isso indispensável o recurso à cláusula de equiparação contida no art.10º(nº1 e 2), para resolver os problemas do círculo dos autores idóneos e da caracterização do seu dever de garantia”. FIGUEIREDO DIAS (2007), p.913 a 915.

²⁰⁸ Assim, o crime será imputado à pessoa jurídica também a título de omissão imprópria. Neste sentido: PEDRO CAEIRO e FIGUEIREDO DIAS (2005), p.85. Contra: TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1433.

garante²⁰⁹, mas não cremos que se refira à mesma nos termos em que nos iremos referir a ela.

Por outro lado, mas igualmente discordante da nossa opinião, FERNANDO TORRÃO entende que esta alínea se reporta a uma ““culpa colectiva autónoma” assente em comportamentos “individualmente atípicos” por “deficiência organizacional””²¹⁰. O autor vê nesta alínea uma correcção, por parte do legislador, dos defeitos da teoria dos órgãos: “estendendo-se a previsão da referida alínea aos (chamemos-lhe assim) “funcionários de baixo” (ou melhor, àqueles que actuam «sob a autoridade» de quem na pessoa colectiva ocupe uma posição de liderança) e que passam, assim, a integrar o universo de pessoas cujos *actos (típicos e ilícitos)* se imputam à pessoa colectiva, vem esta alínea b) superar muitas das insuficiências de política criminal apontadas à teoria dos órgãos²¹¹.

Por sua vez TERESA QUINTELA DE BRITO entende não estar aqui em causa a “*violação de um dever geral de vigilância por parte dos órgãos da pessoa colectiva e equiparada*” mas antes “a violação de um *especial dever de vigilância ou controlo, por parte de quem exerce funções de autoridade em um segmento relativamente autónomo da actividade colectiva*”²¹², acrescentando que “tem de tratar-se de pessoa internamente competente para adoptar a medida organizativa ou de vigilância adequada a obstar ao facto cometido”²¹³.

Assim, um facto ilícito praticado por qualquer empregado/funcionário de uma entidade colectiva poderá ser imputado à mesma (verificados que estejam todos os requisitos), desde que a prática desse acto tenha sido possível em virtude da violação de deveres de vigilância ou controlo por parte de quem, dentro dessa entidade, tinha autoridade (e o dever) de os exercer: as pessoas em posição de liderança. O que significa, em termos simples, que mais uma vez somos remetidos para este conceito: terá sempre que se verificar uma imputação de um facto ilícito a título de omissão imprópria a essas pessoas.

²⁰⁹ JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.199.

²¹⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE *apud* FERNANDO TORRÃO (2010), p.90.

²¹¹ Para além disto este vê ainda aqui consagrada uma “teoria dos órgãos (não estrita (...)) no plano da culpa”, isto é, impõe “uma culpa dos dirigentes em relação aos *actos, típicos e ilícitos* dos funcionários” FERNANDO TORRÃO (2010), p.467 e 468.

²¹² Como é o exemplo (dado pela autora) do responsável por um sector de produção, ou do responsável por um departamento da pessoa jurídica.

²¹³ TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1432.

O simples cometimento de um crime por parte de um mero funcionário não pode ser imputado à pessoa colectiva sem mais²¹⁴. E entende-se que assim seja: depois de tudo o exposto em relação à necessidade de se verificarem certos requisitos para que possamos considerar que alguém exprime uma vontade que se traduz na vontade da pessoa colectiva, não seria plausível se aceitássemos que um mero funcionário pode com o seu comportamento levar à responsabilização da mesma. Se assim fosse, então não teria sido necessário que o legislador impusesse os critérios dos n.ºs 2 e 4 do art.11º para sabermos quem pode responsabilizar a pessoa colectiva, porque todo o funcionário que se integrasse na sua estrutura o poderia fazer.

Há ainda a notar que alguns autores, como é o caso de JORGE DOS REIS BRAVO entendem ser necessário identificar o agente físico que praticou o crime para depois poder verificar se efectivamente se encontram preenchidos todos os requisitos para imputar o crime à pessoa em posição de liderança (a título de omissão imprópria). Salvo o devido respeito, não podemos concordar com esta opinião, pois não nos parece razoável esta exigência²¹⁵. Imaginemos um caso em que pode comprovar-se que existiu uma operação cujo fim foi o branqueamento de capitais, sabe-se em que departamento a mesma foi aprovada e existe até a documentação que o suporta, estando assinada por um dos funcionários daquele departamento. Porém, a assinatura está ilegível, o que

²¹⁴ Neste sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE explica que numa anterior proposta de lei (em relação ao art.11º do C.P.), o legislador pretendeu introduzir a seguinte texto: “entende-se que ocorrem por ocasião da actividade da pessoa colectiva ou equiparada, nomeadamente, os crimes: a) cometidos pelos titulares dos seus órgãos no exercício das suas funções; b) cometidos pelos seus representantes, em seu nome e no interesse colectivo; c) resultantes da violação de deveres de cuidado a observar pela pessoa colectiva ou equiparada, destinados a evitar ou diminuir os riscos típicos da sua actividade”, defendendo depois que o mesmo não só ia contra a Constituição da República Portuguesa, como também contra o direito da União Europeia e do Conselho da Europa por várias razões. A nós interessa-nos uma em particular: esta proposta (defende este autor) chocava com o referido direito porque em relação ao mesmo, só as acções e omissões de “pessoas em posição de liderança” (*with a leading position*) podem constituir o nexo de imputação do facto à pessoa jurídica, ao contrário do que propugnava a referida proposta, em que as acções e omissões de quaisquer outras pessoas, ainda que não sejam dirigentes podem constituir esse nexo. Cremos encontrar-se aqui mais um argumento para o que defendemos. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.89. Por sua vez, FERNANDO TORRÃO num sentido que nos parece o mesmo defende: “ao admitir-se a imputação de uma acção, típica, ilícita, culposa e punível à pessoa jurídica por actos de uma pessoa física dos seus escalões inferiores [parece-nos que o autor se refere aos meros funcionários], uma de duas: ou se está a admitir uma responsabilidade sem culpa da pessoa jurídica (e , portanto, afinal, uma responsabilidade vicarial), ou se está a admitir uma alteridade na culpa da pessoa jurídica através do “funcionário de baixo”, admitindo-se, deste modo, uma culpa da pessoa jurídica através de quem não tem qualquer poder decisório na sua estrutura e , portanto, sem poderes, *a priori*, para delinear a estratégia do grupo”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.299 (n.341).

²¹⁵ No mesmo sentido: CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA admite que basta que se identifique “pelo menos , a (...) categoria de pessoas no seio da qual se integra o agente concreto”, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA (2008), p.139.

conduz a que não seja possível identificar o agente físico responsável. Será de excluir a possibilidade de imputação deste crime à pessoa jurídica? Parece-nos que não.

Num outro prisma, o que dizer dos casos em que não é possível apurar, dentro da estrutura da pessoa colectiva, quem tinha a posição de garante do não cometimento do facto ilícito? Remetemos aqui a resposta a esta questão para o ponto em que iremos analisar o 11º/7, aí dedicaremos a devida atenção a este problema.

GERMANO MARQUES DA SILVA crê estar aqui ínsita uma noção de “culpa na organização” (ou deficiência na estrutura de controlo), nos termos em que já nos referimos à mesma. Muito embora remetendo-se sempre a um comportamento de pessoas físicas (os líderes), “a *ratio* da norma parece ser a de que a responsabilidade do ente colectivo resulta da culpa dos titulares dos seus órgãos ou representantes (aqueles que formam a vontade do ente) ou de pessoas que na empresa tenham especiais funções e poderes de vigilância ou controlo, agora por omissão do correcto exercício dessas funções, e que revelam uma má estrutura da empresa”²¹⁶. A mesma opinião é partilhada por JORGE DOS REIS BRAVO, que vê nesta disposição o acolhimento da teoria do “défice da organização”.

Dissemos já que acreditamos estar perante umnexo de imputação que se traduz na consagração de uma omissão impura. Podemos ainda questionar o conteúdo dos referidos “deveres de vigilância ou controlo”. Deverão estes ser encarados de uma forma geral, ou será possível preencher o seu conteúdo de acordo com as situações que dizem respeito a cada crime em relação ao qual a pessoa colectiva possa ser responsabilizada?

Parece-nos que não será, de todo absurdo que os mesmos possam ser alvo de uma concretização face a situações concretas. E uma delas é precisamente o que tratamos neste estudo. Sabemos já, sobejamente, que deveres impendem sobre determinadas entidades com o fim de prevenir a ocorrência deste crime. Não parece ser de rejeitar que estes possam concretizar um dever de vigilância e controlo com carácter geral.

Antes de passarmos, contudo, a uma análise focada no nosso caso concreto não podemos deixar de fazer breve *excurso* acerca da figura da omissão imprópria. O

²¹⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.254 e 255.

objectivo é tão só fazer uma exposição sumária acerca do tipo objectivo e subjectivo de um crime de omissão imprópria.

Excursus: Tipo objectivo do delito de omissão imprópria

a) Situação típica

FIGUEIREDO DIAS descreve a situação típica neste tipo de crimes como sendo “constituída especificamente pelos **pressupostos fácticos que permitem determinar o conteúdo concreto do dever de actuar**”, acentua ainda que a omissão, seja pura ou impura, não é “jurídico penalmente relevante em si mesma (...), mas apenas, normativamente, em função da acção esperada e devida”²¹⁷.

No que à omissão impura diz respeito, como podemos caracterizar a situação típica? Mais uma vez recorrendo às palavras do referido autor²¹⁸: “a situação típica reduz-se à **criação de um risco de verificação de um resultado típico**”, estaremos, portanto, perante uma situação dessas sempre que o risco “ocorre ou é potenciado por força da omissão”. Recorremos depois ao correspondente delito de acção para determinar os outros elementos relevantes da situação em causa, como são: o bem jurídico protegido ou “a finalidade que deve ser alcançada com a acção esperada”.

b) Ausência da acção esperada

Naturalmente, faz ainda parte do tipo objectivo do crime de omissão a “**ausência de acção** devida ou esperada”²¹⁹ correspondente à situação típica.

²¹⁷ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.927.

²¹⁸ FIGUEIREDO DIAS (2007), 927e segs.

²¹⁹ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.926.

c) Possibilidade fáctica de acção

Diz-nos o art.10º/2 do C.P. que sobre o omitente deve recair um dever que “pessoalmente o obrigue a evitar” o resultado. Este preceito espelha um importante princípio: ninguém pode ser obrigado a algo impossível. O que, em termos mais rigorosos, significa que se exige do omitente uma “capacidade fáctica individual de acção”. E quando podemos afirmar que lhe falta essa capacidade? Antes de mais, se falta a capacidade “corpórea (ou física) de acção”²²⁰. À incapacidade física compara FIGUEIREDO DIAS a incapacidade técnica, ou derivada da falta de conhecimentos, por exemplo.

d) Imputação objectiva

Este é um ponto algo problemático, e facilmente percebemos o porquê de assim ser: quando nos debruçamos sobre a questão da imputação objectiva deparamo-nos imediatamente com o conceito de causalidade - FIGUEIREDO DIAS designa o primeiro degrau da imputação objectiva como “pura causalidade”²²¹ -, e este conceito, pelo menos de uma forma óbvia, não pode ser aplicado aos crimes de omissão, já que os mesmos assentam sobre uma inacção, e como bem aponta o ilustre autor: “*ex nihilo nihil fit*”, isto é, do nada, nada se faz.

Porém, o mesmo aponta, e bem, que se pensarmos na causalidade de uma “perspectiva normativa” podemos então conceber a sua aplicação a estes crimes. Assim, é possível aceitar uma causalidade da omissão como “condição conforme à lei”, e o comportamento esperado, que não é levado a cabo “como dotado de uma força causal *potencial* ou *hipotética*”. Em relação à adequação do comportamento, naturalmente que a sua idoneidade tem que ser aferida, não em relação ao comportamento que não foi

²²⁰ Seguimos sempre o raciocínio de FIGUEIREDO DIAS (2007), p.928 e segs.

²²¹ De forma sucinta, este conceito traduz-se na ideia de que determinada acção há-de, pelo menos, ter sido causa de um resultado. É bastante amplo, o que justifica a sua designação como o primeiro degrau da imputação objectiva. Por sua vez, a teoria das condições equivalentes responde à questão de saber quando podemos considerar uma acção como causa de um resultado. A mesma diz-nos que causa de um resultado será toda a condição (ou condições), sem a qual (ou quais) o resultado não teria tido lugar.

levado a cabo, mas antes em relação ao comportamento que era devido para evitar o resultado. Continuando na esteira do referido autor, “[d]este modo, o problema da imputação objectiva do resultado típico à omissão só poderá ser em definitivo solucionado (...) no seio da (...) chamada “**conexão do risco**”: a acção esperada ou devida deve ser uma tal que **teria diminuído o risco de verificação do resultado típico.**”²²². Dito isto, coloca-se imediatamente outra questão: para que possa ,então, imputar-se objectivamente o resultado ao comportamento omissivo deve exigir-se a comprovação de que, se acção esperada tivesse tido lugar o resultado não se teria produzido seguramente? Ou bastará exigir-se uma probabilidade que roce a certeza? A doutrina não é pacífica na resposta a esta questão, mas interessa-nos expor aqui apenas a posição de ROXIN, que se traduz numa posição intermédia geradora de maior consenso.

Em termos simples, este autor defende que “o resultado **não será imputável** se a diminuição só aparece como possível segundo uma consideração *ex ante*, mas **já o será** se, também segundo uma consideração *ex post*, se comprovar que aquela diminuição se teria efectivamente verificado”²²³.

Ainda dentro deste ponto FIGUEIREDO DIAS menciona um importante tema, com relevância para o assunto que nos propusemos a desenvolver²²⁴: a causalidade omissiva em decisões colegiais²²⁵. Diz-nos este que a teoria de ROXIN exposta acima é perfeitamente aplicável nestas situações. Vejamos: se o membro de um órgão colegial omite uma tomada de posição em determinado assunto, o que sucede se essa decisão se traduzir num resultado típico? Com a sua omissão esse membro não diminuiu o risco de verificação de um resultado típico, pelo que se for de concluir, segundo uma consideração *ex post*²²⁶, que um comportamento diferente teria diminuído o risco de verificação desse resultado, o mesmo poderá ser-lhe imputado.

²²² FIGUEIREDO DIAS (2007), p.930.

²²³ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.932.

²²⁴ Sabemos que hoje são muitas as pessoas colectivas com estruturas complexas, não raras vezes sendo os seus órgãos compostos por várias pessoas (colegiais).

²²⁵ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.932.

²²⁶ De acordo com a teoria exposta acima.

e) A posição de garante

Quando o art.10º/2 do nosso C.P. nos diz que o resultado só pode ser imputado à pessoa sobre a qual recaia um *dever jurídico* que pessoalmente a obrigue a evitar esse resultado, remete-nos para este importante conceito. Esse dever jurídico²²⁷ será a chave para o conceito que nos propomos aqui analisar: será o referido dever que irá determinar que determinada pessoa se encontra constituída , naquela situação, de uma posição de garante²²⁸ da não verificação do resultado típico, ou seja, encontra-se na obrigação de levar a cabo a acção adequada a evitar o resultado.

Fazendo uma brevíssima incursão pela história desta figura deparamo-nos, inicialmente, com uma teoria formal do dever jurídico e das posições de garantia. Assumem especial relevância FEUERBACH e STÜBEL: o primeiro defende que o dever jurídico na base da posição de garante advém da lei, ou de um contrato, o segundo acrescenta a estes a ingerência (uma situação de perigo criada pelo omitente). Esta foi a primeira posição nesta matéria, marcadamente rígida. Mais tarde, acrescentam-se a estas fontes as situações de “estreita comunidade de vida e de perigos”.

O desenvolver dos tempos e as críticas dirigidas à teoria formal²²⁹⁻²³⁰ levaram a que se procurasse alcançar um “**critério material de ilicitude** da inobservância do dever de actuar”²³¹, que a referida teoria falhava em oferecer. Neste sentido KAUFMANN desenvolveu a chamada teoria das funções, segundo a qual os deveres que originam uma posição de garante podem fundar-se “numa função de **guarda de um bem jurídico**

²²⁷ FIGUEIREDO DIAS chama a atenção para um facto que vale a pena mencionar: este dever jurídico que vai pessoalmente obrigar alguém não pode ser um qualquer dever geral. Estando no âmbito do direito penal há que respeitar princípios basilares como a determinabilidade ou a certeza. Assim, os deveres em causa terão que ser “concretos deveres que ligam o garante à protecção de bens determinados ou à fiscalização de fontes de perigo igualmente determinada. FIGUEIREDO DIAS (2007), p.934.

²²⁸ GIMBERNAT ORDEIG descreve-a como “ *la posición que destaca una persona (o personas) de entre todas las demás, que le hace responsable del bien jurídico penalmente protegido, y, en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye ésta igual que se hubiera causado mediante una acción*”, PEDRO GONÇALVES CORREIA *apud* GIMBERNAT ORDEIG (2009), p.158.

²²⁹ Para uma explicação detalhada consultar FIGUEIREDO DIAS (2007), p.935 e936.

²³⁰ Neste sentido, “[d]esde cedo se verificou que o recurso a critérios estritamente formais deixava sem resposta situações que punham em causa os fundamentos da vida em sociedade e conduzia a resultados infelizes, não permitindo a construção de uma base sólida e homogénea, essencial à harmonia entre o ordenamento jurídico-penal e as necessidades sociais que o mesmo deve reflectir”, ANTÓNIO COELHO DE BARROS (1983), p.67

²³¹ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.935.

concreto (criadora de deveres de *protecção* e *assistência*) ou numa função de **vigilância de uma fonte de perigo** (determinante de deveres de *segurança* e de *controlo*)”²³².

Por sua vez, FIGUEIREDO DIAS desenvolve uma teoria que procura ser uma conjugação das duas anteriores: uma teoria “material-formal”, assente no pressuposto de que “a verdadeira fonte dos deveres e das posições de garantia reside (...) na valoração autónoma da ilicitude material, completadora do tipo formal”²³³. É desta teoria que partimos para o estudo do nosso tema. O autor faz uma divisão bastante clara das fontes dos deveres e das posições de garantia, que vale a pena mencionar esquematicamente. Não vamos, no entanto, fazer uma análise das mesmas por não ser este o lugar adequado²³⁴.

I. Deveres de protecção e assistência a um bem jurídico carecido de amparo

- Relações de protecção familiar e análogas
- Assunção de funções de guarda e assistência
- Comunidade de vida e de perigos

II. Deveres de vigilância e segurança face a uma fonte de perigos

- O dever de obstar à verificação do resultado por força de uma acção anterior e perigosa (ingerência)
- O dever de fiscalização de fontes de perigo no âmbito de domínio próprio
- O dever de garante face à actuação de terceiros

²³² FIGUEIREDO DIAS (2007), p.937.

²³³ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.938.

²³⁴ Mais uma vez, desenvolvidamente: FIGUEIREDO DIAS (2007), p. 939 a 953.

III. As posições de monopólio

Interessa-nos, no âmbito deste trabalho, explorar o **dever de garante face à actuação de terceiros**, e veremos porquê. Para já cabe explicar que este pode ser dividido em dois tipos de situações. A primeira engloba as situações em que “o terceiro, por motivos vários, ou não é responsável ou tem a sua responsabilidade limitada ou diminuída”, o segundo grupo de situações compreende os casos em que estamos perante “**relações de supra/ infra ordenação** (e consequente de autoridade /subordinação) de pessoas – embora plenamente responsáveis – que actuam no seio de um serviço ou de uma actividade organizada”²³⁵. Naturalmente, é este segundo grupo de situações que nos interessa estudar por entendermos que podemos incluir nestas situações os casos em que dentro de uma pessoa colectiva as pessoas em posição de liderança assumem uma posição de garante em relação ao não cometimento de factos ilícitos por parte dos seus subordinados²³⁶.

b.1.) A posição de garante das “pessoas em posição de liderança”

Vimos já que o art. 10º/2 do C.P. nos diz que é necessário um “dever jurídico que **pessoalmente** o obrigue [o omissor] a evitar esse resultado”²³⁷. Interessa-nos agora analisar este requisito à luz do tema da nossa investigação, ou seja, pretendemos debruçar-nos concretamente sobre a posição de garante das pessoas em posição de liderança. Iniciaremos este ponto com uma análise de cariz geral, isto é, veremos como se coloca o problema na doutrina sem atender às especificidades do nosso trabalho. Num segundo momento iremos, então, examinar esta questão já de forma específica,

²³⁵ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.950.

²³⁶ FIGUEIREDO DIAS aborda igualmente este tema, embora sucintamente, colocando a tónica na falta de consenso que o mesmo ainda gera: “o problema discute-se (...) relativamente a uma eventual responsabilidade jurídico-penal por omissão das pessoas que dirigem e fiscalizam a actividade empresarial privada, face a factos ilícitos cometidos pelos seus subordinados”; “parece (...) que deveres desta espécie podem estender-se, sem receio de insuportável insegurança jurídica a toda a actividade empresarial privada: “o pessoal dirigente deve cuidar de que a ‘fonte de perigos’ ‘empresa’ permaneça sob o controlo de segurança, partam os perigos do potencial material ou pessoal da empresa””, FIGUEIREDO DIAS (2007), p.950.

²³⁷ O sublinhado é nosso.

considerando o crime que aqui estudamos e os deveres de prevenção do mesmo impostos pela lei.

Que dever jurídico pode, então, estar na base dessa posição de garante? A resposta a esta questão terá sempre que atender a princípios basilares no campo do direito penal como o da determinabilidade e certeza, bem como o princípio da culpa. Isto é, não podemos esquecer que para além de ser de rejeitar qualquer responsabilidade objectiva, este dever ou deveres que impendem sobre certa pessoa não podem nunca ser deveres gerais, mas antes deverão tratar-se de deveres concretos – como, aliás, já referimos - “que ligam o garante à protecção de bens jurídicos determinados **ou** à fiscalização de fontes de perigo igualmente determinadas”²³⁸.

Vale a pena, antes de avançar, deter-nos sobre o pensamento de SHÜNEMANN²³⁹ no que a este ponto diz respeito. Este acentua a importância do poder que os superiores hierárquicos detém sobre os trabalhadores, defendendo que esta posição de garante tem a sua origem na estrutura hierárquica da empresa²⁴⁰. Recuando um pouco, para o mesmo a equiparação da omissão à acção assenta “*no domínio do garante sobre a causa do resultado*”²⁴¹. Assim, se pensarmos nas pessoas em posição de liderança dentro de uma empresa, “a equiparação da omissão com a acção resulta tanto do seu domínio fáctico sobre os elementos (coisas e procedimentos) perigosos do estabelecimento, como também do poder de mando, legalmente fundado, que detém sobre os trabalhadores”²⁴².

De forma similar, JAKOBS parte também de uma ideia de domínio para defender que o fundamento que aqui procuramos é encontrado na “responsabilidade pela configuração de um âmbito de organização”²⁴³, os deveres em causa são, portanto, derivados da responsabilidade pela organização da pessoa colectiva. Da mesma visão partilha PEDRO CORREIA GONÇALVES para quem os líderes assumem “um compromisso material de actuar ou agir como barreira de contenção de determinados riscos”²⁴⁴, derivado das suas competências dentro da pessoa colectiva. Mais especificamente, para este autor a referida responsabilidade pela configuração do âmbito da organização

²³⁸ FIGUEIREDO DIAS (2007), p.934.

²³⁹ SCHÜNEMANN (1982), p.536 e segs.

²⁴⁰ “[E]l ejercicio del poder inmediato es la función global de vigilancia y dirección y , por ello, el contenido del deber de garante es la vigilancia y la dirección empresarial”, MARIA ÁNGELES CUADRADO RUIZ (1998), p.142

²⁴¹ SUSANA AIRES DE SOUSA (2009), p. 1033.

²⁴² SUSANA AIRES DE SOUSA (2009), p. 1033.

²⁴³ PEDRO CORREIA GONÇALVES (2009), p.164.

²⁴⁴ PEDRO CORREIA GONÇALVES (2009), p.165.

deriva dos “deveres de relação, isto é, dos deveres de controlar uma fonte de perigo derivada dos objectos ou da actividade empresarial”²⁴⁵. Podemos, assim, concluir é que as pessoas em posição de liderança assumem, em virtude dessa posição, um compromisso pessoal de evitar resultados lesivos que possam surgir da actividade levada a cabo no seio da pessoa jurídica. Mas o referido autor acrescenta que não basta a existência de um domínio sobre a organização, é necessário também que haja uma “conexão estreita entre o facto ilícito cometido e o “exercício das faculdades individuais de auto-organização””²⁴⁶. A questão que podemos colocar agora é: em que casos, concretamente, se poderá dizer que há essa conexão entre o exercício das referidas faculdades e a conduta ilícita do subordinado? MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ avança com dois critérios: quando o risco (que se consubstanciará no ilícito típico) tiver sido criado pelo superior hierárquico, ou quando este advier de instrumentos, processos ou trabalhadores da mesma entidade.

Um outro fundamento apontado para esta posição de garante são os deveres jurídicos extra-penais que recaem sobre os líderes. Esta é a tese defendida por TIEDEMANN, que parte do art. 130 *OwiG*²⁴⁷, onde se encontram plasmados deveres de organização e vigilância que vinculam as pessoas que se encontram à frente da pessoa colectiva a uma posição de garante do não cometimento de factos ilícitos. Para outros, os especiais deveres que recaem sobre estas pessoas provém do Direito Comercial. Partilham desta visão VOGEL, bem como vários autores espanhóis (SÁNCHEZ ÁLVAREZ; VALLE MUNIZ). Esta teoria não é, no entanto, aceite sem críticas, sendo uma das principais a sua amplitude: não pode ser tão linear esta transposição de deveres presentes no ramo do Direito Comercial para o âmbito do Direito Penal, correndo o risco de atropelo de princípios fundamentais deste último, como, aliás, já referimos anteriormente. É de rejeitar, portanto, uma configuração tão ampla desta posição de garante.

Contudo, parece-nos já concebível pensar uma posição de garante fundada em deveres extra-penais concretos²⁴⁸ – sem perder de vista a necessidade de os relacionar com a prática do facto. Esta é, aliás, esta é uma premissa fundamental deste ponto do

²⁴⁵ PEDRO CORREIA GONÇALVES (2009), p.166.

²⁴⁶ PEDRO CORREIA GONÇALVES (2009), p.166.

²⁴⁷ Abreviatura de *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*.

²⁴⁸ Também neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS fala na necessidade de uma “tradução especificamente penal de tais deveres e (...) clarificação da sua relação com a prática do facto”, AUGUSTO SILVA DIAS (2008), p.199.

nosso trabalho (veremos mais à frente em que termos). Também MARÍA ÁNGELES CUADRADO RUIZ partilha desta posição: “*una cosa es no admitir que un deber jurídico cualquiera pueda automáticamente fundamentar una posición de garante y otra, que los deberes jurídico extrapenales carezcan completamente de significado y sea posible la responsabilidad penal por encima de las normas extrapenales (...). Las distintas disciplinas jurídicas no son compartimentos estancos frente a la unidad del ordenamiento jurídico (...). La existencia del deber jurídico extrapenal será el presupuesto mínimo para admitir la responsabilidad en comisión por omisión. Servirá para fundamentar la posición de garante, aunque habrán de comprobarse los restantes elementos de la tipicidad y la equivalencia según el sentido del texto de la Ley con el delito comisivo*”²⁴⁹.

Neste âmbito EDUARDO CRESPO propõe, por sua vez, uma **teoria de esferas de responsabilidade e sujeitos responsáveis**²⁵⁰, que assenta nas seguintes premissas: desde logo, assume particular relevância o conceito de domínio de facto, como é entendido por SCHÜNEMANN (domínio sobre o fundamento do resultado); por outro lado, o autor demarca-se de outras soluções apontadas no âmbito da criminalidade de empresa (em relação à responsabilidade do superior hierárquico), como por exemplo a actuação em nome de outrem ou a responsabilidade criminal da pessoa colectiva. É a partir daqui que elabora a referida teoria que, não indo totalmente ao encontro daquilo que defendemos (nomeadamente por este autor não admitir a responsabilidade da pessoa colectiva, como vimos), vale a pena referir por vir acrescentar a esta discussão importantes elementos.

A primeira delimitação feita pelo autor diz respeito à aplicação desta teoria: como não poderia deixar de ser (e indo ao encontro daquilo que já estabelecemos neste trabalho) a mesma terá o seu campo de aplicação na criminalidade de empresa, ou, - nas palavras do mesmo – no campo dos “*delitos vinculados al establecimiento*”²⁵¹. Feito este esclarecimento este sublinha (e bem) que o cerne da questão será, então, determinar a amplitude da obrigação, que recai sobre as pessoas em posição de liderança, de garantirem o não cometimento de factos ilícitos por parte dos seus subordinados. Antes, porém, de ir mais longe, o autor nota ainda algo por nós já

²⁴⁹ MARÍA ÁNGELES CUADRADO RUIZ (1998), p.146 e 147.

²⁵⁰ EDUARDO CRESPO (2007), p.4.

²⁵¹ EDUARDO CRESPO (2007), p.12.

sublinhado: é importante não perder de vista que esta posição de garante não pode, em caso algum, ter um carácter geral, nem tão pouco pode a sua responsabilização ter por base uma mera infracção de um dever de vigilância.

Uma crítica frequentemente apontada ao que aqui defendemos prende-se com a questão de estarmos perante uma responsabilidade derivada de factos cometidos por sujeitos (os subordinados) plenamente responsáveis. Há, contudo, vários autores que refutando a mesma, alegam que não é inaceitável conceber que pessoas com certas responsabilidades dentro de uma entidade colectiva tenham o dever de garantir que não é desrespeitada a lei dentro dessa entidade, por parte dos seus subordinados.

Qual o fundamento, conteúdo e limites desta posição de garante?

Neste estágio do nosso trabalho é já perceptível que uma das ideias que defendemos parte da premissa de que os factos praticados por subordinados podem ser susceptíveis de imputação aos líderes, a título de omissão imprópria. Vimos, igualmente, que acreditamos ser esse o significado do 11º/2/b) do C.P. e que esta é - a nosso ver - a única via de imputar um acto de um mero funcionário à pessoa colectiva.

Dito isto, resta-nos agora tentar responder à questão: qual o fundamento da posição de garante dessas pessoas em posição de liderança, em relação ao crime concreto que analisamos? Que dever jurídico deve estar na base dessa posição?

Vamos agora, então, deter-nos na análise deste ponto à luz do crime que aqui pretendemos estudar: o branqueamento de capitais. Examinámos já sobre os esforços feitos no sentido de prevenir este crime e verificámos, nesse âmbito, que existe um conjunto de deveres que recaem sobre certas entidades com vista a essa prevenção²⁵². Pois bem, cremos que reside aqui a chave para entender este ponto. Acreditamos que esses deveres consubstanciam os deveres jurídicos que fundamentam, aqui, a posição de garante dos líderes.

²⁵² Não voltaremos a referir quais os deveres aqui em causa ou de que instrumentos jurídicos surgem, uma vez que foi já feita esta análise.

Os deveres de prevenção do branqueamento como fundamento da posição de garante

Recuando um pouco, notamos, antes de mais que a lei - actualmente a Lei 25/2008 – ao referir-se aos referidos deveres diz apenas: “as entidades sujeitas estão obrigadas (...) ao cumprimento dos seguintes deveres gerais (...)”. Ou seja, não especifica quem, no âmbito dessas entidades, está vinculado a esses deveres.

Creemos que a razão de assim ser se prende com o facto de eles vincularem, de forma geral, todos os que fazem parte da estrutura dessas entidades²⁵³: qualquer pessoa que trabalhe no seio de uma dessas entidades tem o dever de, quando confrontada com um novo cliente, fazer respeitar o dever de identificação, requerendo-lhe, caso se trate de uma pessoa singular, que apresente um documento de identificação válido. O mesmo se diga em relação ao dever de recusa, se esse documento for negado, impõe-se a essa pessoa que recuse, por exemplo, fazer a transacção; ou ao dever de segredo que - manifestamente - se impõe a todas as pessoas que tenham um vínculo com a entidade (ainda que esse assuma a forma de prestação de um serviço ocasional²⁵⁴, como indica expressamente o art.19º/1 da referida lei).

Não nos parece inconcebível, no entanto, considerar que certos deveres estejam vocacionados para pessoas numa posição hierárquica superior²⁵⁵. Atente-se no dever de formação: este implica, como vimos já, que as entidades aqui em causa levem a cabo a formação necessária para que os seus trabalhadores fiquem sensibilizados para esta situação, e possam agir da melhor forma quando confrontados, por exemplo, com uma operação suspeita. Creemos que não será insensato pensar que caberá aos superiores hierárquicos organizar e levar a cabo sessões de formação de forma a cumprirem este dever. No mesmo sentido, o dever de comunicação: se admitirmos estar perante uma

²⁵³ Sublinhamos: de uma *forma geral*. O que pode, aliás, ser comprovado pelo art.46º da referida lei, que prevê a responsabilidade pela prática das contra ordenações consagradas nesta lei. Na sua alínea c) determina-se que podem ser responsabilizadas (para além das entidades financeiras e não financeiras, *per se*) as pessoas singulares que sejam: membros dos órgãos sociais das referidas entidades; pessoas que nelas exerçam cargos de direcção, chefia ou gerência ou seus representantes (legais ou voluntários), e ainda, no caso do dever previsto no art. 19º, empregados e outras pessoas que prestem serviços de forma permanente ou ocasional.

²⁵⁴ As pessoas nesta posição serão, aliás, responsabilizadas nos termos do art. 46º/1/c pela violação desse dever. Falamos aqui, naturalmente, de uma responsabilidade no campo contra-ordenacional.

²⁵⁵ Veremos, posteriormente, um exemplo em relação a um Aviso do Banco de Portugal.

pessoa jurídica com uma estrutura complexa, muito possivelmente as informações sobre situações suspeitas serão comunicadas aos superiores hierárquicos que, por sua vez, as comunicarão às entidades competentes. O mesmo se diga em relação ao dever de colaboração, já que à partida caberá a essas pessoas disponibilizar o que for necessário em situações de investigação, e, por fim, o dever de controlo: é razoável admitir que devam ser estas a definir e aplicar políticas e procedimentos internos que se mostrem adequados ao cumprimento destes deveres.

Podemos, desta forma, constatar que não é possível dar uma resposta linear à questão de saber sobre quem, exactamente, recaem os mencionados deveres, dentro destas entidades.

Parece-nos, contudo, que ainda que assim seja, tal não obsta - face ao que vimos já - a que possamos fazer recair sobre os líderes uma responsabilidade pessoal no cumprimento dos mesmos, tanto por si próprios como por aqueles que trabalham no âmbito do seu “espaço individual de responsabilidade” (conceito que iremos explorar de seguida). Vamos, desta forma, ao encontro do que defende AUGUSTO SILVA DIAS²⁵⁶ quando reitera a necessidade de densificar “os deveres numa esfera de responsabilidade pessoal (...) transformando-os em deveres específicos que pessoalmente obriguem a evitar o resultado e cujo cumprimento é possível e exigível nas circunstâncias do caso”, se assim não fôssemos a proceder a uma “ampliação da figura da posição de garante incompatível com as exigências de segurança jurídica, de subsidiariedade e de culpa que formam a matriz de validade do Direito Penal das sociedades democráticas”²⁵⁷.

O que pretendemos defender aqui é que cabe aos líderes não só cumpri-los, como igualmente fazê-los cumprir – uma vez que estes tem uma obrigação de os conhecer, de os respeitar e de impor o seu respeito de forma a garantir que não será praticado nenhum crime de branqueamento no seio da entidade colectiva. É daqui que partimos para defender que estes deveres consubstanciam, desta forma, deveres jurídicos, susceptíveis de fundamentarem uma posição de garante destas pessoas.

²⁵⁶ Referimos já, igualmente, que este defende ser necessária uma “tradução especificamente penal destes deveres [extra-penais], e clarificação da sua relação com a prática do facto”, AUGUSTO SILVA DIAS (2008), p.199.

²⁵⁷ O autor tece estas considerações em relação à posição de garante dos líderes em geral ,e não sob a perspectiva em que aqui o fazemos, AUGUSTO SILVA DIAS (2008), p. 201 e 202.

Uma das questões que se impõe neste âmbito continua a ser (como aliás referimos já) : que grupo exacto de pessoas pode enquadrar-se no conceito de líder que analisamos aqui para estes efeitos. Bastará remeter-nos para o 11º/4 do C.P.? Ou será que as pessoas vinculadas a fazer cumprir estes deveres – e, conseqüentemente, investidas numa posição de garante do não cometimento do crime de branqueamento – devem fazer parte de um grupo mais restrito?

Já vimos que a Lei 25/2008 não indica quem são estas pessoas. Uma pesquisa noutros elementos normativos não nos conduziu a uma resposta definitiva. O Aviso 5/2008 do Banco de Portugal refere um sistema de controlo interno em relação às instituições bancárias, definindo-o como “o conjunto das estratégias, sistemas, processos, políticas e procedimentos **definidos pelo órgão de administração**, bem como das acções empreendidas por este órgão e pelos restantes colaboradores da instituição, com vista a garantir: (...) c) O respeito pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis (objectivos de "*compliance*"), incluindo as relativas à prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo (...)”²⁵⁸. Parece, portanto, indicar que é esse órgão de administração o responsável por instituir e fazer cumprir esse sistema de controlo interno.

Em relação, concretamente, às sociedades comerciais, o art.441º (inserido no título das sociedades anónimas) atribui como competência do conselho geral e de supervisão “vigiar pela observância da lei” (alínea e)), competência igualmente atribuída à comissão de auditoria.

Assim, apesar de partirmos sempre de um conceito de pessoas em posição de liderança, ponto fulcral será procurar determinar o mais possível que pessoas concretamente serão essas, de acordo com o tipo de pessoa jurídica em causa, e claro, com a legislação que lhe é aplicável. Isto porque, sabendo já que este conceito abrange, para além dos órgãos e representantes das pessoas jurídicas, as pessoas com autoridade para exercer o controlo da sua actividade, não nos parece uma solução razoável fazer impender sobre todas estas, sem mais, uma posição de garante. Um mero representante, à partida, não deverá ver recair sobre si um dever de fazer cumprir os deveres que aqui

²⁵⁸ Sublinhado nosso.

discutimos. O mesmo se diga em relação às pessoas com autoridade para exercer o controlo da sua actividade. Dito isto, concluímos que para além de ser determinante uma análise do caso concreto, tudo dependerá do tipo de pessoa jurídica em causa, da sua estrutura organizacional e da verificação de elementos da maior importância, como é o caso do conceito de “espaços de responsabilidade”.

Não basta, no entanto, ficar por aqui. Se assim fosse, cometeríamos o risco de imputar o facto ao líder pela mera violação dos deveres que estão aqui em causa. Há que estabelecer uma relação entre estes deveres e a prática do facto, como bem o sublinha AUGUSTO SILVA DIAS²⁵⁹. Acreditamos que a resposta a este problema nos remete para a imputação objectiva do facto (naturalmente, em sede de um crime de omissão imprópria).

Fazendo uma breve recapitulação, concluímos já em momento anterior que a mesma tem que ser resolvida lançando mão daquilo que FIGUEIREDO DIAS designa por “conexão do risco”, ou seja, será possível imputar objectivamente o facto ilícito ao garante sempre que possa considerar-se que a acção devida teria “diminuído o risco de verificação do resultado típico” (ou, numa formulação contrária, que essa omissão tenha potenciado esse risco)²⁶⁰. Referimos igualmente não bastar que a diminuição do risco seja configurada como possível apenas segundo uma consideração *ex ante*, para que o resultado seja imputado, exige-se antes a comprovação – segundo uma consideração *ex post* – de que a referida diminuição se teria, efectivamente, verificado.

Não podemos deixar de notar, ainda, que a ideia de imputar um facto ilícito cometido por um subordinado ao seu superior hierárquico por via da omissão imprópria não é, de todo, inovadora. Pelo contrário, a doutrina discute incessantemente este tema

²⁵⁹ Quando refere a necessidade de “clarificação da sua relação [dos deveres extra-penais] com a prática do facto”, AUGUSTO SILVA DIAS (2008), p.199

²⁶⁰ Neste sentido, PEDRO CAEIRO e FIGUEIREDO DIAS, em relação à Lei 52/2003 - que no seu art. 6º (entretanto alterado pela Lei 17/2011) previa que as pessoas colectivas seriam responsáveis pelos crimes (...) quando cometidos em seu nome e no interesse colectivo pelos seus órgãos ou representantes, ou por uma pessoa sob a autoridade destes quando *o cometimento do crime se tenha tornado possível em virtude de uma violação dolosa dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem* – defendem: “ponto é que entre a violação dos deveres de vigilância e de controlo e a prática do crime por essas pessoas exista, em concreto, um *nexo de risco típico* (“tenha tornado possível”))” (sublinhado nosso), PEDRO CAEIRO e FIGUEIREDO DIAS (2005), p.86.

²⁶¹ - ²⁶². A propósito SUSANA AIRES DE SOUSA aponta que a questão se resume a “determinar se os directores, administradores e gerentes assumem, em virtude das funções que desempenham, uma posição de garantia pelos crimes cometidos na empresas, e, num segundo momento, que contornos reveste essa posição de garante”, acrescentando ainda que “o grande desafio consiste pois em definir (...) o fundamento jurídico do dever de garante das pessoas que dirigem a actividade empresarial e, encontrado esse fundamento, o alcance desse dever”²⁶³.

A mesma autora sublinha ainda que, a admitindo essa posição de garante importa, num segundo momento, “averiguar se se deve reconhecer genericamente uma posição de garantia do empresário referida aos factos ilícitos cometidos no âmbito empresarial, designadamente pelos seus subordinados, fundamentada numa relação de supra-infra ordenação ou, se, pelo contrário, esta imputação deve estar sujeita a uma análise concreta que atenda à estrutura empresarial e à delimitação subjectiva dos respectivos âmbitos de competência”²⁶⁴.

Quanto a nós, acreditamos que a única solução razoável será a segunda, rejeitando, desta forma, uma posição de garante genérica do empresário. Cremos que colocadas as coisas dessa forma, estaríamos perante uma responsabilidade funcional no âmbito do direito penal, automática, e portanto, incompatível com este ramo do direito. É necessário analisar casuisticamente as circunstâncias, e fazer relevar neste âmbito alguns factores, mas remetemos esta análise para momento posterior, em que nos debruçaremos sobre o alcance do dever de garante.

É de referir, ainda, que se por um lado a doutrina tem dedicado grande atenção a este tema, inclinando-se para a aceitação de que os líderes tem, efectivamente, uma posição de garante, por outro tem igualmente sido apontadas algumas críticas, ou pelo

²⁶¹ Muito embora tenhamos encontrado muito poucas referências ao tema nos termos em que nos referimos a ele. Isto é, a doutrina discute-o neste ponto, mas não faz depois a imputação do facto à pessoa colectiva, ficando-se apenas pela análise da responsabilidade do superior hierárquico.

²⁶² Alguns autores consideram, inclusive, que a estrutura da comissão por omissão permite superar várias dificuldades que se levantam no que diz respeito à imputação do facto ilícito em relação a crimes praticados no âmbito da criminalidade que aqui discutimos. Entre eles encontra-se SILVA SANCHÉZ, que nos diz “[t]odo ello determina que, en el ámbito de la criminalidad de empresa, se revele como un medio especialmente apto para superar las dificultades que ofrece la imputación de un delito de comisión, la estructura de la comisión por omisión”, SILVA SANCHÉZ (1995), p.371.

²⁶³ SUSANA AIRES DE SOUSA (2009), p. 1031.

²⁶⁴ SUSANA AIRES DE SOUSA (2009), p.1031 e 1032.

menos limitações, em relação a este ponto. Estas prendem-se sobretudo com o facto de, actualmente, nos depararmos com entidades colectivas com estruturas de grande complexidade (caracterizadas por uma divisão do trabalho que, nomeadamente, conduz a que as decisões sejam tomadas, já não por um determinado grupo de pessoas numa posição hierárquica superior, mas antes se verifique uma descentralização na tomada das mesmas²⁶⁵) que levantam, por isso, especificidades neste âmbito e que não podemos aqui ignorar.

Entramos aqui na análise do **alcance** desta posição de garante, e neste âmbito, SCHÜNEMANN afirma (e bem) que “não é adequado imputar sem mais às pessoas físicas que estão na cúpula do sistema as obras deste como uma acção própria”²⁶⁶, indo ao seu encontro SUSANA AIRES DE SOUSA quando reitera que , de facto, “não só é legítimo como justificado questionar se a (...) descentralização dos processos de decisão e de acção não acaba por retirar aos órgãos de direcção o efectivo domínio da organização. (...) [E]m empresas dotadas de uma estrutura complexa , o poder de decidir pode não significar domínio sobre a organização, sob pena de se cair numa espécie de responsabilidade criminal meramente funcional e , neste sentido, numa responsabilidade que decorre objectivamente das funções que se exerce”²⁶⁷⁻²⁶⁸. Não podemos ignorar o fundamento destas observações, nem deixar de concordar com ambos os autores referidos.

Assim, estando perante uma entidade complexa, que englobe vários departamentos (e portanto uma estrutura hierárquica com vários “degraus”) e onde trabalhem centenas de funcionários, como devemos configurar este problema? Voltamos desta forma à questão levantada no parágrafo anterior. Será razoável fazer recair sobre A, director do departamento X, um dever de garante pelo não cometimento de factos ilícitos em relação a todo o seu departamento onde, imagine-se, trabalham cem funcionários? Cremos que não, é necessário introduzir aqui um limite, que podemos

²⁶⁵ Nas palavras de SILVA SÁNCHEZ, a organização formal das empresas é constituída hoje, largamente, por um “*plano horizontal, en el principio de la división del trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía*”, SILVA SÁNCHEZ (1995) p.368.

²⁶⁶ SUSANA AIRES DE SOUSA *apud* SCHÜNEMANN (2009), p.1009.

²⁶⁷ SUSANA AIRES DE SOUSA (2009), p.1010.

²⁶⁸ No mesmo sentido, SCHÜNEMANN: “*la división del trabajo conduce a una diferenciación funcional y a una descentralización de los procesos de acción y decisión, a través de las que el poder de dominio inicial de los órganos directivos se transforma en un «poder de intermediación» y en vez de dominio de la acción existe una funcionalización de coordinación*” SCHÜNEMANN (2002), p.16.

remeter ao conceito de “espaços individuais de responsabilidade”, na terminologia de SUSANA AIRES DE SOUSA, veremos que SILVA SANCHÉZ utiliza a expressão “âmbitos de competência individual” e AUGUSTO SILVA DIAS fala , por sua vez, em “esferas de domínio”. Todos tem, porém, um significado que acreditamos ser o mesmo.

Partindo destes conceitos, a função de garante tem que ser considerada tendo sempre em atenção estes espaços, o que vale por dizer que “a função de garante tem que estar limitada à função que compete ao sujeito dentro da estrutura empresarial”²⁶⁹⁻²⁷⁰, será dentro desse quadro funcional que teremos que verificar se estão reunidos todos os requisitos para que seja possível a imputação do facto a título de omissão imprópria. Assim, “o agente assume, relativamente àquele quadro de competências que lhe é organicamente reconhecido, o «compromisso de controlo dos riscos para bens jurídicos que podem dimanar das pessoas ou coisas que se encontram sob a sua direcção»”²⁷¹, e “é nesta potencialidade ou possibilidade de controlo daqueles riscos que há-de mediar a relevância das obrigações funcionais no âmbito criminal”²⁷².

No mesmo sentido, SILVA SANCHÈZ fala-nos de “*ámbitos de competência individual*”, que – segundo este - resultam quer da estrutura hierárquica, quer da divisão funcional do trabalho²⁷³. Em relação a cada um destes âmbitos de competência individual há um sujeito responsável pela organização do mesmo, que fica investido numa posição de garante da não verificação de factos ilícitos dentro desse espaço. Por sua vez, AUGUSTO SILVA DIAS utiliza a expressão “esferas de domínio”, reiterando que é “necessário indagar se estava nas competências específicas e nas capacidades fácticas

²⁶⁹ SUSANA AIRES DE SOUSA (2009), p.1033.

²⁷⁰ Num sentido que nos parece o mesmo, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE refere-se a uma necessidade de estarmos dentro da “esfera de competência do líder”, sublinhando que sempre terá que existir uma “possibilidade fáctica de o dirigente controlar a acção do subordinado e tomar medidas contrárias ao cometimento do crime pelo subordinado”. Contudo, este autor faz estas considerações sem se remeter ao crime de omissão imprópria. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.96.

²⁷¹ SCHÜNEMANN parece aceitar, igualmente, uma posição de garante assim configurada: “*esta posición de garante dentro de la empresa es atribuible a los órganos particulares de la empresa en función de la esfera empresarial que dominan*” (o sublinhado é nosso); “*los deberes de garantía de un miembro del Consejo de Administración en una dirección de la empresa que se organiza según el principio de la división competencial en departamento se limitam al ámbito dirigido por él (...)*”, SCHÜNEMANN (2002), p.30 e 31.

²⁷² SUSANA AIRES DE SOUSA (2009), p.1035.

²⁷³ SILVA SANCHÉZ (1995), p.371

de cada um dos garantes - numa expressão mais curta, na sua esfera de domínio – o cumprimento do dever em causa”²⁷⁴.

Partindo da ideia de domínio da organização construída pelo referido autor, TERESA QUINTELA DE BRITO²⁷⁵ defende, na esteira do que vem aqui sendo dito, que esse domínio (fundamentador da responsabilidade, quer da pessoa jurídica, quer da pessoa física) deve ser “concreto e referido à execução típica do facto cuja imputação se discute”. Nota ainda que, sendo este o fundamento de ambas as responsabilidades, as mesmas tem uma amplitude diferente, uma vez que “a pessoa colectiva responde pela totalidade do cumprimento do dever relativo ao estabelecimento (...)”, em contrapartida “os deveres relativos ao estabelecimento só atingem os órgãos e representantes na estrita medida das respectivas competências internas efectivas”²⁷⁶.

Independentemente da designação adoptada, alinhamos com a posição destes autores e entendemos que só com este alcance é possível configurar uma posição de garante do líder. Reiteramos que é, assim, deixada de lado uma concepção genérica do dever de garante, para adoptar, em vez dessa, uma outra que se pautar pela verificação de dois parâmetros²⁷⁷: há que ter em consideração o quadro de funções e competências organicamente atribuído à pessoa em causa, “que permite delinear o âmbito e a extensão da posição de garantia”; por outro lado, é necessário ponderar a possibilidade de cumprir esses deveres, designadamente controlando, ou na expressão de SCHÜNEMANN, “dominando” os factos que ocorrem no seu espaço de responsabilidade, capazes de colocar em perigo o bem jurídico-penal”.

Este segundo parâmetro tem uma importância crucial, na medida em que permite, de acordo com o que defendemos, afastar uma ideia de automaticidade na assunção de uma posição de garantia da não-prática de factos ilícitos, em virtude do cargo exercido. Conclui SUSANA AIRES DE SOUSA que, só assim, “da cumulativa verificação destes requisitos resulta possível afirmar o *domínio potencial* do facto omissivo por parte do agente”.

²⁷⁴ AUGUSTO SILVA DIAS (2008), p.208.

²⁷⁵ Muito embora haja que ressaltar - como aliás o faz a própria - que a ideia de domínio da organização elaborada por AUGUSTO DA SILVA DIAS serve de fundamento à responsabilidade individual “a título de co-autoria, dos responsáveis e dirigentes de organizações por crimes cometidos no seio das mesmas”. TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1428.

²⁷⁶ TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1429.

²⁷⁷ Seguimos aqui, ainda, SUSANA AIRES DE SOUSA, cuja exposição nos parece bastante clara e lógica, (2009), 1034 e 1035.

Para além de ser crucial considerar tudo isto, sempre será necessário, ainda, ter em consideração a estrutura do ente jurídico em causa, vejamos porquê. Naturalmente, a configuração desta posição de garante bem como, conseqüentemente, destes requisitos será diferente consoante estejamos perante uma entidade de grandes dimensões, com centenas de trabalhadores, ou uma de pequena/média dimensão, com poucas dezenas de trabalhadores. Isto releva sobretudo, porque, como bem nota CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA “a cadeia de controle e vigilância, *a priori*, estende-se até ao órgão do topo da estrutura hierárquica. Só assim não sucederá se existir uma expressa ou programada delegação de competências num quadro intermédio da mesma cadeia”, o mesmo alerta ainda o facto de ser necessário que esta delegação “esteja inserida numa estrutura complexa que justifique a existência da delegação, que esta não se revele “fraudulenta”, por forma a eximir os quadros superiores de responsabilidade e , ainda, que as pessoas incumbidas da delegação tenham condições de exercer, com autonomia, a autoridade conformadora e o controle sobre os actos relativamente aos quais lhe incumbe a vigilância. Só a violação de deveres de controle , nesse contexto funcional, pode sustentar a responsabilidade do próprio omitente e não apenas do executor”.

O que podemos retirar daqui confirma a importância de uma cuidada análise da estrutura da pessoa colectiva em causa, fará toda a diferença se estamos perante uma pequena estrutura, em que pode considerar-se que a tal “cadeia de controle e vigilância” vincula todos os responsáveis até ao que se encontra no topo da cadeia hierárquica (temos sempre que mobilizar, nesta análise, os conceitos já referidos: é preciso perceber se estamos ainda dentro dos “espaços individuais de responsabilidade” dessas pessoas), ou se estamos perante uma grande estrutura com centenas de trabalhadores, em que, logicamente, não podemos levar essa cadeia de controle ao extremo, caso em que correríamos o risco de (suponhamos) os 30 responsáveis pela estrutura da empresa serem todos responsabilizados penalmente por não terem actuado em conformidade com a sua posição de garante.

Por fim, alinhámos igualmente com esta autora que, na esteira de SILVA SÁNCHEZ , afirma que a posição de garante tem, desta forma, no contexto empresarial uma natureza mais específica, traduz-se num “compromisso de contenção de riscos determinados para bens jurídico-penais, cabendo às regras de atribuição e distribuição de competência um decisivo papel na delimitação dos concretos riscos que o sujeito deve controlar , bem como na determinação das medidas que deve adoptar para impedir

um resultado jurídico-penalmente desvalioso, sob pena de cometer um delito omissivo”²⁷⁸. Em jeito de conclusão SILVA SANCHÉZ afirma que o que determina a existência de uma posição de garante é, desta forma, “*el ejercicio material de las funciones propias de una determinada esfera de competencia , y no su ostentación formal*”.

Num outro prisma de observação EDUARDO CRESPO²⁷⁹ traça os limites desta posição de garante, designando-os “limites estruturais” e dividindo-os em dois: os do ponto de vista dogmático e fenomenológico.

Em relação aos limites estruturais do ponto de vista dogmático, estes podem ter a sua fonte, nomeadamente, na delegação de funções, o que se compreende, já que se a pessoa investida de uma posição de garante delega lícitamente as suas funções, verifica-se igualmente uma delegação dessa posição (pelo menos à partida será assim, haverá, contudo, que analisar o caso concreto).

Por sua vez, os limites estruturais do ponto de vista fenomenológico traduzem-se, antes de mais, na necessidade que os crimes em causa se enquadrem no conceito de criminalidade empresarial, e segundo este autor, na necessidade de estarmos perante crimes “*que lesionan bienes jurídicos de terceras personas, de modo que los propietarios de la empresa o sus directivos están obligados a evitar ilimitadamente los delitos que sean llevados a cabo con objetos peligrosos de la empresa hacia el exterior, pero no necesariamente aquellos que se mueven en su interior*”²⁸⁰. Não concordamos totalmente com esta formulação na medida em que nos parece que o segundo limite não é plausível, já que, como dissemos logo ao iniciar este trabalho, uma das particularidades do nosso estudo é o facto de nos determos apenas sobre a criminalidade empresarial, conceito que só por si (como explicámos também), implica que estejamos perante crimes praticados no seio de uma empresa, e que lesem bens jurídicos e interesses externos.

²⁷⁸ SUSANA AIRES DE SOUSA (2009), p.1035; SILVA SANCHÉZ (1995), p.372.

²⁷⁹ EDUARDO CRESPO (2007), p.22.

²⁸⁰ EDUARDO CRESPO (2007), p.25.

3.2.2. Actos funcionais vs. actos pessoais

Questionámos já qual a consequência de órgãos ou representantes da entidade colectiva agirem fora das suas atribuições, veremos agora que este problema assenta na distinção entre actos pessoais e funcionais²⁸¹. Assim, um crime praticado por qualquer um destes só poderá ser imputado à referida entidade se estivermos perante um acto funcional²⁸².

A pessoa jurídica só poderá ver um facto ser-lhe imputado se o agente actua no âmbito das suas funções, fora delas este carece de poderes para representar a mesma. GERMANO MARQUES DA SILVA exemplifica: “se os presidentes da assembleia geral ou do conselho fiscal praticarem actos de gestão da sociedade não exercem o poder que os estatutos ou a lei da sociedade lhes atribui; não estão a actuar no âmbito das suas funções. Os actos de gestão não cabem na competência da assembleia geral nem do conselho fiscal, são da competência da administração”²⁸³.

É neste âmbito que se aponta, muitas vezes, a impossibilidade da responsabilização penal das pessoas colectivas. A razão é simples: porque a actividade da mesma tem, necessariamente, que ser lícita (no caso das sociedades, por exemplo, o seu fim social é por força da lei obrigatoriamente lícito), pode pensar-se que um seu órgão (por exemplo) que actue ilicitamente, ainda que no interesse e em nome da mesma, estará a actuar contra os referidos fins (não se tratando, portanto, de actos funcionais), pelo que apenas poderá ser penalmente responsável a pessoa ou pessoas físicas que cometem o facto ilícito²⁸⁴. Este argumento, porém, não convence. É compreensível que dentro de uma entidade colectiva com um fim lícito, sejam praticados actos ilícitos. Mesmo prosseguindo a prática de um acto lícito pode praticar-

²⁸¹ Estas considerações valem, igualmente, para as “pessoas com autoridade para exercer o controlo da sua actividade”, englobadas – como sabemos já – no conceito de pessoas em posição de liderança.

²⁸² Naturalmente referimo-nos aqui, apenas, à prática de crimes por acção, já que não é concebível a prática de um crime omissivo sem que estejamos perante um acto funcional.

²⁸³ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.248.

²⁸⁴ Neste sentido CAEIRO DA MATTA: “porque o fim para que são constituídas e reconhecidas as pessoas colectivas não pode deixar de ser lícito, isto é, conforme à ordem jurídica, uma acção voluntária dirigida a fim diverso e contrário ao direito penal não pode conceber-se como acção da pessoa colectiva; tratar-se-á de uma acção eventualmente associada, mas sempre de actividade individualmente imputável, como nas associações de malfeitores ou na participação criminosa”, CAEIRO DA MATTA (1911), p.217 e 218.

se outro, ilícito. O próprio legislador admite que isto possa acontecer, caso contrário nem admitiria a responsabilidade penal destas entidades²⁸⁵.

Mas, afinal, o que entender por actos funcionais e pessoais? Actos funcionais serão aqueles que “embora ilícitos, seja praticados *durante* o exercício das funções do seu autor e *por causa* desse exercício”, pessoais são, por sua vez, “os que forem praticados fora do exercício das funções do seu autor ou que, mesmo praticados durante tal exercício por ocasião dele, não foram todavia praticados por causa desse exercício”²⁸⁶.

Se num plano teórico esta questão se encontra bem delineada, na vida prática pode tornar-se dúbida a distinção. Procurando aprofundar esta questão MANUEL DE ANDRADE reitera²⁸⁷: “será mister *que o órgão ou agente tenha procedido em tal veste ou qualidade*, que tenha actuado ao gestionar os negócios da pessoa colectiva, na medida em que estejam a seu cargo; que, mais precisamente, tenha praticado o facto ilícito *no desempenho das suas funções* – dos «serviços» que lhe estão confiados, das suas obrigações ou «atribuições» - *e por causa dessas mesmas funções*, que não apenas por ocasião delas”²⁸⁸. No fundo “*há-de tratar-se dum acto próprio das funções do órgão ou agente - posto que realizado ilicitamente*”²⁸⁹, o importante é que possa remeter-se ao quadro geral da competência desse agente (que possa, portanto, estabelecer-se uma relação de conexão entre o exercício das suas funções e o crime, exigindo-se que esse nexó seja directo, interno, e causal).

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar que também este entendimento não é consensual na doutrina, ou seja, nem todos os autores consideram que seja necessário estarmos perante um acto funcional para que o facto possa ser imputado à pessoa colectiva. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE é um deles, refutando expressamente a posição de GERMANO MARQUES DA SILVA, considera que o critério que deve imperar é se o acto foi levado a cabo com o objectivo de beneficiar a pessoa colectiva. Se foi esse o caso, o mesmo poderá ser-lhe imputado “mesmo que desrespeite o limite legal ou

²⁸⁵ Assim, prevê o art.17º/1/g do Regime Geral das Infracções Tributárias uma pena de dissolução da pessoa colectiva (como sanção acessória) se “esta tiver sido exclusiva ou predominantemente constituída para a prática de crimes tributários ou quando a prática reiterada de tais crimes mostre que a pessoa colectiva está a ser utilizada para esse efeito”.

²⁸⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009),p.249. O sublinhado da primeira citação é nosso.

²⁸⁷ Note-se que este autor se pronuncia no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, sendo no entanto plausível aceitar a sua opinião no âmbito da responsabilidade criminal das pessoas colectivas.

²⁸⁸ MANUEL ANDRADE (1960), p.150 a 152.

²⁸⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009),p.251.

estatutário das competências do líder e os fins sociais da pessoa colectiva. Bem entendido, não é necessário que a pessoa colectiva tenha alcançado um efectivo benefício com a prática do crime, sendo suficiente que o agente do crime o tenha visado”²⁹⁰⁻²⁹¹. Acrescenta ainda que o conceito de actos praticados no quadro geral da respectiva competência como critério de imputação, defendido por GERMANO MARQUES DA SILVA assenta, erroneamente, “na prática do acto no âmbito da competência do representante, ao invés do critério inspirador do direito nacional, que está centrado na actuação para benefício da pessoa colectiva, sendo irrelevante se o representante actuou no âmbito da sua competência e dos fins sociais da pessoa colectiva”²⁹².

No entendimento deste autor, se assim não fosse, estar-se-ia a defraudar a lei penal criando uma situação de impunidade da pessoa colectiva intolerável.

MATERIAIS

Analizados os requisitos formais, é agora altura de nos debruçarmos sobre os requisitos materiais. São eles: a necessidade que o facto ilícito tenha sido cometido em nome, e no interesse da pessoa colectiva²⁹³. Veremos o que significa cada um deles.

Antes de prosseguirmos há, contudo, que fazer uma nota em relação a este ponto, que se prende com aquilo que acreditamos ter sido um lapso por parte do legislador: os requisitos “em nome e no interesse colectivo” aparecem apenas referidos na alínea a) do n.º 2 do art.11º, não sendo repetidas na alínea b). Poderíamos questionar se, porventura, isto significa que em relação às pessoas abrangidas por esta última, os crimes por si praticados poderão ser imputados à pessoa colectiva ainda que não tenham sido praticados em seu nome e no seu interesse. Acreditamos, no entanto, que não tenha sido essa a intenção da lei, já que isso consubstanciaria um alargamento injustificável da responsabilidade do ente colectivo. Assim, e na esteira do que é defendido por CARLOS

²⁹⁰ Para o referido autor, é este o significado da expressão “*for the benefit of the legal person*”, proveniente do direito da União Europeia.

²⁹¹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.96.

²⁹² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.96.

²⁹³ CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA fala de uma “*conexão objectiva*” ao referir a exigência da actuação “em nome e no interesse colectivo”, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA (2008), p.130.

ADÉRITO TEIXEIRA²⁹⁴, cremos que mais correcta seria a formulação da lei se a expressão “em seu nome e no interesse colectivo” surgisse logo após “quando cometidos (...)”, apenas depois disso surgindo as alíneas a) e b).

a) Em nome da pessoa jurídica

Este requisito acaba por sobrepor-se, de certa forma, à exigência de estarmos perante um acto funcional (por outras palavras, tem que existir um nexo funcional entre as acções ou omissões levadas a cabo e o exercício das funções). Agir em nome da entidade colectiva não significará uma necessidade de, em cada acto invocar a mesma, mas antes, significa que é exigido que se compreenda, mesmo que implicitamente, que aquele acto é praticado em nome dela: porque o agente actua dentro das suas funções e no âmbito das suas competências, representando, desta forma, a pessoa colectiva.

Na esteira de GERMANO MARQUES DA SILVA: “em bom rigor, trata-se ainda de um requisito formal, delimitador do órgão e do representante afastando do seu âmbito os representantes impróprios e figuras afins, mas tem uma componente substancial: o facto deve resultar da actividade da sociedade e não apenas por ocasião dessa actividade; o facto é da ou para a sociedade, há-de, por isso, reflectir-se na sua esfera jurídica”²⁹⁵. Ou seja, exige-se que estejamos perante um acto funcional, que “no seu contexto revele ser um acto da sociedade, praticado por causa da sociedade”.

TERESA QUINTELA DE BRITO critica este requisito, defendendo que o mesmo tanto “peca por defeito” como por “excesso”. Por defeito porque, segundo a autora, “não caracteriza todo o círculo de pessoas cuja conduta pode fundar a responsabilidade colectiva”, por excesso porque “nem todos os que dispõem de poderes representativos da colectividade se podem considerar “líderes” da mesma para efeitos de responsabilização do ente jurídico”. Esta crítica parte do pressuposto de que “agir em

²⁹⁴ CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA (2008), p.133. Este autor sublinha ainda, perante esta ambiguidade da lei, que é especialmente em relação às pessoas abrangidas pelo 11º/2/b “onde cabem agentes de facto e de direito, internos à organização ou externos, com vínculo precário ou mesmo sem vínculo, bem próximo da categoria “qualquer pessoa” - que mais se justificaria a adstrição ao interesse colectivo”, acrescenta ainda: “nem se diga que esta exigência abrange a al. b) do n.º2 em virtude de aquele “indiferenciado agente” operar sob a autoridade e vigilância de pessoa de “posição de liderança”, pessoa esta que está vinculada ao interesse colectivo por força da al. a); é que naquele caso a execução do facto cabe ao agente indiferenciado e não à pessoa da “posição de liderança”.

²⁹⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009),p.260.

nome colectivo” “significa usualmente exercício de poderes jurídico-privados de representação”. O que autora pretende sublinhar é que se corre o risco de que esta exigência seja interpretada como “*exigência de poderes jurídico-civis ou jurídico-comerciais de representação, limitando o facto de conexão ao que é praticado pelos órgãos de administração e representantes voluntários da pessoa jurídica*”²⁹⁶⁻²⁹⁷.

b) No interesse da pessoa jurídica ²⁹⁸

Na base deste requisito está a necessidade de existir uma motivação da própria entidade colectiva (não se trata, portanto, de um elemento do tipo legal de crime da Parte Especial, mas antes de uma condição de imputação do crime à pessoa jurídica “reveladora do respectivo móbil e da vontade colectiva em o cometer”²⁹⁹). Segundo GERMANO MARQUES DA SILVA deve entender-se que está a agir no interesse da pessoa colectiva quem o faz “em ordem à organização, ao funcionamento ou à realização dos fins”³⁰⁰⁻³⁰¹ da mesma. Note-se que isto não significa que daí advenha um proveito para a referida entidade, pode até vir a existir um dano. Mas isso não invalida que o agente tenha agido no interesse dessa. O crime é, desta forma, visto como um instrumento usado para alcançar um fim da mesma (no sentido de um interesse imediato, já que, em última instância nunca pode ser um fim da mesma a prática de um crime³⁰²). Há,

²⁹⁶ TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1436.

²⁹⁷ A mesma propõe ainda uma formulação diferente para o n.º do art.11º, à qual faremos referência aquando da exposição das críticas desta autora ao requisito de agir no interesse da pessoa colectiva.

²⁹⁸ A título de curiosidade, a expressão “interesse colectivo” surge no anteprojecto do Código Penal francês de 1976: exigia-se que a infracção fosse cometida “*au nom et dans l'intérêt de l'ensemble des membres du groupement*”. Já em 1978, falou-se no anteprojecto em “*l'intérêt collectif*”. Mais tarde, no Código Penal de 1994 esta foi substituída pela expressão «por sua conta», considerada mais clara. Curiosamente, esta é também preferida na doutrina italiana que lhe aponta, de igual forma, uma maior clareza.

²⁹⁹ Seguimos aqui o pensamento de GERMANO MARQUES DA SILVA e TERESA QUINTELA DE BRITO, TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1437.

³⁰⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.261.

³⁰¹ Por sua vez, MANUEL LOPES ROCHA entende que há uma actuação no interesse da pessoa jurídica nos “casos em que ela pratica factos de que *podem* resultar proveitos ou vantagens para a pessoa colectiva (...)” (o sublinhado é nosso), MANUEL LOPES ROCHA (1998), p.473.

³⁰² Neste sentido CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA aponta, e bem, que “não será exigível que as infracções cometidas (...) tenham de integrar, especificamente, o *objecto* da pessoa colectiva, definido no pacto social ou nos estatutos. Por um lado, não é suposto estes instrumentos preverem um âmbito de actividade ou um leque de objectos contrários ao Direito; por outro lado, uma tal exigência levaria a que ficassem de fora, as mais das vezes, as “entidades equiparadas”, associações de facto ou as irregularmente constituídas por, vezes sem conta, não dispõem, formalmente, de um objecto definido”, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA (2008), p.131.

portanto, que olhar para este requisito de uma forma imediatista: ao proceder a determinada transacção o agente sabe que está a cometer um crime de branqueamento de capitais, e está a fazê-lo porque tal irá gerar um grande lucro para a pessoa jurídica. Está, portanto, a prosseguir um interesse imediato da mesma³⁰³.

Dito isto, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA faz notar que a lei não exclui a responsabilidade do ente colectivo nos casos em que o agente age no seu próprio interesse. Determinante é que ele prossiga um interesse colectivo “independentemente de também se visar e vir a ser alcançado um interesse particular”³⁰⁴. O mesmo autor problematiza ainda se é necessário que o interesse seja efectivamente alcançado, e em que medida, situação em relação à qual nos pronunciámos já: parece ser razoável que releve apenas o facto de se prosseguir o interesse colectivo, independentemente de efectivamente ser alcançado, e a medida em que o é. Caso contrário seria possível responsabilizar pessoalmente o agente físico que comete o crime no interesse da pessoa jurídica, mas a mesma ficaria impune.

Este requisito não está isento de críticas, TERESA QUINTELA DE BRITO sublinha, desde logo, que “não pode ser interpretada como exigência positiva de que o titular do órgão ou representante o pratique [o crime] na prossecução do interesse da pessoa jurídica e equiparada (...). Tal exigência positiva só faz sentido quando se discuta a imputação de um crime egoisticamente estruturado à pessoa colectiva. Ou seja, de um crime, no qual a dignidade penal da conduta depende da sua orientação para o proveito económico do autor. Por outras palavras: *a realização positiva do interesse colectivo só faz sentido como requisito ou elemento do tipo legal de crime da Parte Especial – o que apenas sucede nos crimes com estrutura egoísta*”. A autora conclui, feitas as referidas críticas, que esta exigência “apenas relevaria negativamente para excluir a imputação ao ente colectivo sempre que o facto houvesse sido perpetrado no interesse exclusivo do líder da pessoa jurídica ou de um terceiro”.

A mesma alerta ainda para o facto deste conceito (agir no interesse colectivo) não ser totalmente claro: o conceito de interesse é, de facto, equívoco: tratar-se-á de um interesse económico? Deverá ser considerado a curto prazo ou a longo prazo? Se

³⁰³ Se a pessoa jurídica em causa assumir a forma de uma sociedade comercial teremos que nos remeter para o conceito de “interesse social”, que não tem um significado pacífico na doutrina. Para uma análise detalhada do mesmo: COUTINHO DE ABREU (2010), p. 288 e segs.

³⁰⁴ CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA (2008), p.132.

considerarmos que deve ser um interesse económico, deverá ser considerado no geral ou apenas tendo em conta aquele crime, concretamente?

Por fim, TERESA QUINTELA DE BRITO propõe uma redacção alternativa para o n.º 2 do art.11º: “as pessoas colectivas e entidades equiparadas (...) são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos (...), quando cometidos: a) Por ocasião da actividade colectiva por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; b) No exercício de funções próprias da organização por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior, em virtude da violação de deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem, e destinados a evitar ou diminuir os riscos típicos de ocorrência do ilícito na realização da actividade colectiva”³⁰⁵.

3.3. Imputação subjectiva

3.3.1. O caso do crime de branqueamento de capitais

Como vimos anteriormente o crime de branqueamento de capitais é exclusivamente doloso, o que não levanta questões particulares ao nível da imputação subjectiva no que ao 11º/2/a) diz respeito. A situação é, porém, diferente em relação ao 11º/2/b)³⁰⁶.

³⁰⁵ TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1438.

³⁰⁶ Referimos já que acreditamos estar aqui perante um nexo de imputação que integra uma omissão imprópria. De forma breve, vale a pena fazer algumas considerações em relação à imputação subjectiva de um crime deste tipo. Antes de mais, é consensual na doutrina que deve distinguir-se entre dolo e negligência mesmo em relação a crimes de omissão (“[j]á mal se divisam hoje seguidores da orientação (...) segundo a qual se não poderia conceber um “verdadeiro dolo” nos crimes omissivos, por não haver neles, da parte do omitente, o “emprego da vontade” de realização típica: de tudo quanto poderia falar-se seria de um “quase-dolo”, justificando-se a aplicação da moldura dolosa logo que o omitente, apesar do conhecimento do perigo, não tomou ou não manteve a decisão de evitar a realização do tipo objectivo de ilícito”, FIGUEIREDO DIAS (2007), p.954). Mas estando nós perante a falta de uma acção, quando podemos afirmar que existe dolo? O omitente tem que conhecer a situação típica e, intencionalmente, omitir a acção devida, com vontade de que se preencha efectivamente o tipo objectivo. Como vemos, é perfeitamente plausível configurar um crime omissivo com dolo.

FIGUEIREDO DIAS aponta neste campo duas dificuldades: o problema da decisão e o conhecimento ou representação da posição de garante. Em relação ao primeiro, não há dificuldades de maior: o agente toma uma decisão, mas em vez de uma decisão de agir, escolhe ficar inactivo. Nas palavras do ilustre autor “omite a acção imposta, apesar de contar seriamente com a possibilidade de realização típica, com esta se conformando” (FIGUEIREDO DIAS (2007), p.956.), desta forma se verifica uma equivalência com a estrutura do dolo em relação aos crimes de acção. Em relação ao conhecimento da posição de garante, a

A questão que se coloca é a seguinte: poderá admitir-se aqui uma punição do crime de branqueamento a título de negligência, quando cometido em sede de omissão imprópria? Mais concretamente, se um subordinado pratica dolosamente um crime de branqueamento, e o seu superior, de forma negligente, falha nos seus deveres de vigilância³⁰⁷, pode o crime ser-lhe imputado, e conseqüentemente, à pessoa colectiva? Partindo do princípio que se verificam todos os requisitos e, portanto, que se encontra preenchido o tipo objectivo, estará preenchido o tipo subjectivo?

Na esteira do que é defendido por PEDRO CAEIRO e FIGUEIREDO DIAS³⁰⁸⁻³⁰⁹, cremos que não. Desde logo porque tal solução iria contra o princípio da culpa, e porque isto significaria, em última instância, admitir uma punição do crime de branqueamento a título de negligência. Da mesma posição partilha GERMANO MARQUES DA SILVA, que conclui, igualmente que neste caso não poderá imputar-se o facto ao líder³¹⁰.

primeira nota a fazer é que, desconhecendo o agente que em si se reúnem os requisitos dessa posição é de excluir, desde logo, o dolo (de acordo com o art.16º/1 do C.P.). Isto porque esta situação “não permite que o agente se oriente suficiente e correctamente para o problema da ilicitude” (FIGUEIREDO DIAS (2007), p.956.). E o que dizer dos casos em que o agente sabe que efectivamente estão reunidos todos os pressupostos materiais que constituem a respectiva posição de garante mas não tem consciência do dever que sobre ele recai em virtude do preenchimento daquelas condições? Aqui encontramos-nos já no campo do erro sobre a ilicitude. Assim, admite-se a existência de dolo, mas pode excluir-se a culpa (17º/1 C.P.), uma vez que podemos aqui questionar se o comportamento é ou não censurável.

Por sua vez, no que ao tipo de ilícito omissivo negligente diz respeito, sempre que for possível comparar a omissão à acção, e esteja expressamente previsto que esta é punível a título de negligência, então é possível conceber um crime de omissão impróprio negligente. Ainda segundo FIGUEIREDO DIAS podem conceber-se várias possibilidades de conformação do tipo omissivo negligente: o omitente pode não se aperceber, ou não se aperceber correctamente da situação típica, e por conseguinte, da situação de perigo que requeria a sua intervenção; ou pode ter errado sobre a sua possibilidade individual de acção; não ter representado a sua posição de garante ou ainda ter agido, mas de forma insuficiente ou defeituosa.

Por fim, o mesmo autor coloca ainda uma outra questão: basta-nos uma cognoscibilidade da posição de garante ou deverá exigir-se um conhecimento actual da mesma? Concluindo – e bem - que a primeira solução é a mais adequada, e acrescentando: “em caso de posição de garante, a violação do dever de cuidado deve referir-se não apenas à realização do tipo, mas também aos perigos de onde aquela realização pode resultar” (FIGUEIREDO DIAS (2007), p.960.).

³⁰⁷ Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS e PEDRO CAEIRO, é nesta violação “que se traduz (...) a “actuação” da pessoa jurídica. Recuando um pouco, os autores formulam da seguinte forma a “actuação do ente colectivo”: há duas formas possíveis da mesma, em primeiro lugar “a pessoa jurídica actua *através* dos seus órgãos ou representantes, cujas condutas, activas ou omissivas, são também as suas condutas”, em segundo, “por força da violação dos deveres de fiscalização que incumbem aos seus órgãos e representantes, a pessoa jurídica *não evita* a prática de um crime por uma pessoa sob a sua autoridade”, FIGUEIREDO DIAS e PEDRO CAEIRO (2005), p.85.

³⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS e PEDRO CAEIRO (2005), p.86

³⁰⁹ Muito embora as suas considerações sejam a respeito do crime de terrorismo, aplicam-se aqui sem reservas: o crime de terrorismo, é, tal como o crime de branqueamento, um crime exclusivamente doloso.

³¹⁰ As considerações expendidas por este dizem respeito a crimes tributários, mas são absolutamente pertinentes em relação ao que é dito aqui, isto é: o mesmo conclui que, sendo os crimes tributários necessariamente dolosos, o facto não pode ser imputado à pessoa em posição de liderança se ela age apenas com negligência. GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), II, p.306, n.156.

Assim, impõe-se neste campo a existência de, pelo menos, **dolo eventual**: “é necessário que órgãos e representantes por ele [dever de fiscalização] obrigados representem a possibilidade de um seu subordinado praticar os factos proibidos e se conformem com essa possibilidade, abstendo-se de praticar actos adequados a evitá-la”³¹¹.

Isto significa em último termo que, sendo esta a situação, a pessoa colectiva não poderá ser responsabilizada. Naturalmente, nada impede que o agente do crime possa ser pessoalmente responsabilizado pelo mesmo.

3.3.2. O problema da culpa

Vimos já quais os pressupostos para que possamos imputar objectivamente um facto à pessoa colectiva. O que dizer em relação à imputação subjectiva?

Sabemos que a responsabilização penal de uma pessoa (física ou jurídica) não pode existir sem que exista *culpa*³¹². É um corolário do Estado de Direito Democrático em que vivemos, e admitir essa responsabilidade de forma objectiva seria impensável. Isto significa, logicamente, que também no que diz respeito à responsabilidade penal das pessoas colectivas se exige culpa. Analisámos já as perspectivas de diferentes autores no que concerne a um conceito de culpa da pessoa jurídica, resta saber qual foi a opção do nosso legislador neste âmbito.

Ultrapassada já, largamente, a concepção que nega capacidade de culpa (e vontade) à pessoa jurídica, aceita-se hoje que a mesma tenha, tanto uma vontade como uma culpa próprias. Aliás, ao serem exigidos os requisitos que acabamos de analisar, como o são a necessidade do agente agir em nome e no interesse da pessoa colectiva percebe-se que o legislador reconhece que essas pessoas que actuam vinculando a mesma agem não só a título pessoal, como também como a própria pessoa colectiva,

³¹¹ Assim, e invertendo a situação exposta anteriormente, se o funcionário pratica o crime de forma negligente mas o seu superior sabia que ele assim o faria, mas nada faz para o impedir é possível responsabilizar o líder, a título de omissão imprópria, já que este agiu, no mínimo, com dolo eventual.

³¹² O princípio da culpa é, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS “máxima de todo o direito penal humano, democrático e civilizado”, trata-se do princípio segundo o qual “*não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa*”, FIGUEIREDO DIAS (2007), p.47.

exprimindo uma vontade (e uma culpa) que se distingue da sua³¹³: a vontade da pessoa colectiva (reconhece-se, no fundo, uma motivação na acção levada a cabo por aqueles que manifestam a sua vontade).

Neste sentido FIGUEIREDO DIAS fala de um “modelo de imputação”, indo de encontro àquilo que defendemos: os líderes, ao actuar no âmbito das suas funções fazem-no em duas vestes, como eles próprios e como a pessoa colectiva (o que nos remete para o conceito de alteridade³¹⁴, em virtude da mesma surge, então, uma “dupla culpa: a do *ego*, e a do *alter-ego*”³¹⁵). A culpa da mesma será assim a culpa da pessoa física, actuando na veste da pessoa jurídica³¹⁶.

Parece-nos ter sido intenção do legislador revelar a aceitação de uma **culpa própria**, desde logo, no 11º/7 (*in fine*) ao aceitar que a pessoa jurídica possa ser responsabilizada sem que o seja a pessoa física³¹⁷. Não poderia admitir-se que este preceito consagrasse uma responsabilidade penal sem culpa.

O que dizer, neste âmbito, quanto à culpa dos agentes de facto? No ensinamento de GERMANO MARQUES DA SILVA, o legislador, ao configurar a responsabilidade dos entes colectivos nos termos em que a analisámos parece determinar que a responsabilidade dessa entidade é dependente da responsabilidade das pessoas acima descritas, ou seja, “parece ser condição necessária da responsabilidade das sociedades que os agentes do facto tenham praticado um crime”³¹⁸. O que significaria, igualmente, que se esse agente vir excluída a sua culpa também a pessoa colectiva beneficiará dessa exclusão. Mas – ressalva este autor – “se a culpa do titular do agente físico é condição necessária não é condição suficiente para a imputação

³¹³ Agem, portanto, numa dupla veste. É importante notar que não cremos que esteja aqui em causa uma culpa reflexa ou uma situação de transmissão de culpa, como apontam alguns autores. É o caso de FERNANDO TORRÃO, que critica esta transmissão acreditando que se consagra desta forma uma dupla punição. Defende, neste sentido, estarmos perante uma “transmissão da culpa do individual para o colectivo (...), este modo de imputação e culpa ao ente colectivo não conseguiria esquivar-se às possíveis críticas de fazer operar uma sorte de acessoriedade ilimitada por admitir, ao fim e ao cabo, a transferência do comportamento tipicamente ilícito e culposo da pessoa singular para a pessoa colectiva”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.71.

³¹⁴ Acerca do conceito de alteridade, FARIA COSTA: “[a]s pessoas colectivas (...) são sempre *relatio in altero*. Queremos, deste jeito, significar que elas só têm sentido e intencionalidade jurídico-penal no momento em que se estabelece o nexu indissociável entre aquilo que se quer construir e os órgãos reais de ligação (directa) ao mundo jurídico”. Mais desenvolvidamente: FARIA COSTA (1992), p.556.

³¹⁵ FERNANDO TORRÃO (2010), p.358.

³¹⁶ Não aceitamos, portanto, o modelo da culpabilidade da organização, no seio do qual se constrói uma culpa autónoma e específica da pessoa jurídica, baseada - como bem aponta FIGUEIREDO DIAS - na “tese criminológica da “atitude criminal de grupo””, FIGUEIREDO DIAS (2007), p.299.

³¹⁷ Veremos posteriormente em que termos isto poderá acontecer.

³¹⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009),p.270.

subjectiva do facto ilícito à sociedade; é ainda necessário que o crime (...) tenha sido perpetrado em nome e no interesse da sociedade. É esta exigência que acresce à culpa do órgão ou representante que precisamente marca a natureza da responsabilidade própria da sociedade”³¹⁹. Assim, e ainda seguindo o defendido por este autor, para que haja uma vontade culpável do ponto de vista penal do ente colectivo é necessário que o acto seja praticado por uma pessoa em posição de liderança, cuja vontade pressupõe, por sua vez, uma vontade culpável da pessoa ou pessoas físicas, mas é necessário ainda que haja uma actuação em nome e no interesse desse ente, e ainda que essa vontade se forme nos termos legais, para que possa ser configurada como uma vontade desse ente, e conseqüentemente para poder ser normativamente atribuída ao mesmo. Não há que confundir, portanto, a vontade e a culpa das pessoas físicas com a vontade e a culpa da pessoa jurídica. O que justifica que possam responsabilizar-se cumulativamente os dois, ou apenas um deles (se o agente físico age com culpa, mas prosseguindo um interesse próprio, apenas ele será pessoalmente responsabilizado. Se, porém, age culposamente em nome e no interesse do ente jurídico, haverá culpa sua³²⁰, e culpa desse ente, pelo que ambos poderão ser responsabilizados).

3.4. O n.º 6 do art.11º

Diz-nos este artigo que a responsabilidade da pessoa colectiva será excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito. Podemos questionar, antes de mais, quem serão as pessoas que podem considerar-se “quem de direito”. Para GERMANO MARQUES DA SILVA esta norma deve ser interpretada de forma a abranger “apenas os órgãos competentes da pessoa colectiva para expressar

³¹⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009),p.271.

³²⁰ Para uma exposição detalhada acerca da responsabilidade pessoal das pessoas físicas por actos funcionais *vide* GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.284 e segs. Não vamos atentar aqui nesse assunto, por não ser esta a sede adequada a essa discussão, iremos, no entanto, referir-nos a este tema sempre que o mesmo se encontrar ligado de forma inevitável à nossa exposição.

Podemos, contudo, fazer uma breve nota sobre o tema, que se prende apenas com a circunstância de que, sempre que o tipo (objectivo e subjectivo) do crime de branqueamento de capitais for preenchido por uma pessoa física, se estiverem reunidos todos os requisitos, a mesma será pessoalmente responsabilizada pelo mesmo. Não há aqui nenhuma especificidade atinente ao facto de estarmos perante um crime cometido no seio de uma pessoa jurídica: trata-se, tão-só de um caso de responsabilidade de uma pessoa individual. Dito isto, colocar-se-á depois a questão de saber se esse facto pode também ser imputado à pessoa jurídica. Esse sim, é já o tema que pretendemos discutir aqui.

a sua vontade de acordo com a lei e os respectivos estatutos”³²¹. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, por outro lado, acredita que este conceito remete para um outro presente neste artigo: o de pessoas em posição de liderança. “Quem de direito” seriam, então, as pessoas que ocupam essa posição em relação ao agente concreto que pratica o crime. Parece-nos ser esta, porventura, a visão mais congruente com a lógica deste artigo, caso contrário - se aceitássemos a posição de GERMANO MARQUES DA SILVA -, se A, encarregado do departamento X da empresa Y, dá uma ordem expressa a um trabalhador seu subordinado para que não aceite levar a cabo uma transacção de um cliente, por ter fortes suspeitas de que se trata de dinheiro com proveniência ilícita, mas ainda assim o trabalhador o faz, este crime não poderia ser imputado à pessoa jurídica. Tal solução não nos parece razoável uma vez que, quando alguém que se enquadra no conceito de pessoa em posição de liderança no seio daquela entidade emanou ordens concretas para que o acto não fosse levado a cabo.

Por outro lado, em relação à forma das ordens ou instruções, não parece ser de exigir que tenham que existir ordens escritas. Importa é que o agente conheça, de facto, a ordem ou instrução, que a mesma seja concreta (não pode, portanto, tratar-se de algo vago, como uma mera sugestão ou recomendação³²²), expressa³²³, e que seja possível para o destinatário entender de forma clara as mesmas.

O que dissemos no parágrafo anterior é da máxima importância, vejamos porquê. Este n.º6 do art.11º poderia ser interpretado de forma a admitir uma cláusula de impunidade para as pessoas jurídicas, imaginemos que dentro da estrutura de uma entidade colectiva uma pessoa em posição de liderança dá uma ordem expressa a todos os que lá trabalham para que não seja cometido qualquer crime de branqueamento de capitais. Verifica-se, depois, que vem efectivamente a ser cometido esse crime, em nome e no interesse da mesma. Será razoável excluir a possibilidade de imputar o crime à pessoa jurídica com base no facto de que o agente actuou contra uma ordem, ainda que expressa? Acreditamos que não, e que o ponto fulcral da questão é o facto de termos que estar perante uma ordem concreta (ou específica, utilizando a terminologia

³²¹ GERMANO MARQUES DA SILVA (2012), p.410.

³²² GERMANO MARQUES DA SILVA refere a necessidade de se tratar de um “comando”, GERMANO MARQUES DA SILVA (2012), p.268.

³²³ No sentido de serem de afastar “ordens “tácitas” que decorreriam da *praxis* organizacional”, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA (2008), p.135.

de CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA³²⁴). Concreta no sentido de ser um “comando” para um caso concreto. Se assim não fosse, com uma mera recomendação “geral” a todos os trabalhadores ficaria desde logo excluída a hipótese de responsabilizar a pessoa jurídica, o que, de facto, não se nos afigura ser uma solução lógica. No mesmo sentido, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA formula esta exigência nos seguintes termos: “não se podem reconduzir [as ordens ou instruções aqui em causa] a ordens de serviço genéricas do género de “tolerância zero às práticas irregulares””³²⁵.

Há que colocar ainda outra questão relacionada com a possível utilização desta alínea como cláusula de impunidade: o que dizer quando o órgão que emite as ordens é o mesmo que será o destinatário das mesmas? Esta questão tem relevância quando, por exemplo, A, pretendendo valer-se depois deste “escape”, emite ordens que em tudo correspondem ao exigido (concretas/específicas, perceptíveis...), no sentido de não ser praticada determinada acção, sabendo desde logo, ou pretendendo até dar ordens ao seu subordinado para que cometa o crime. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA propõe que, por forma a resolver este problema, se exija que as ordens provenham de uma “origem diversa (órgão diverso/ quadro hierárquico diverso) do agente executor do facto”³²⁶. Parece-nos, no entanto, que não tem necessariamente que ser assim. Nesse caso, no exemplo que referimos anteriormente, se A estivesse a agir de boa fé, a pessoa jurídica poderia ver o facto cometido por C (o subordinado) ser-lhe imputado (injustamente), uma vez que as ordens no sentido de não ser realizada aquela transferência não provieram de um órgão ou departamento diferente.

Ainda a propósito deste n.º6, TERESA QUINTELA DE BRITO vê nesta disposição uma confirmação de um modelo de responsabilidade das pessoas colectivas baseado no conceito de “domínio da organização”³²⁷: “de algum modo a lei assume, que na ausência dessas ordens ou instruções [referidas no 11º/6] – melhor se diria: *na ausência das medidas de organização, gestão e controlo adequadas a evitar o facto ilícito*

³²⁴ CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA (2008), p.135.

³²⁵ CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA (2008), p.135.

³²⁶ CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA (2008), p.136.

³²⁷ De forma breve, esta autora acredita que o fundamento de imputação de responsabilidade à pessoa colectiva assenta na relação interna entre a mesma e o facto praticado pela pessoa singular. Esta relação, por sua vez, será fundamentada através do conceito de *domínio da organização*. Significa isto que a pessoa jurídica tem que exercer esse domínio (“concretamente conformador da execução do facto ilícito típico em causa”) para que possa ser responsabilizada “*pelo próprio facto cometido pela pessoa natural*”. O mesmo é, naturalmente, exercido através das pessoas em posição de liderança. TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1427.

cometido³²⁸ – o líder da pessoa jurídica manifestou a própria vontade colectiva ao praticar o crime no exercício das suas funções e por ocasião da actividade colectiva”³²⁹.

3.5. O n.º 7 do art.11º

Chega então o momento de questionar o significado do 11º/7 do C.P., que diz o seguinte: “a responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes, nem depende da responsabilização destes”³³⁰. Vimos já, de forma breve que nada impede que a referida entidade seja responsabilizada cumulativamente³³¹ com a responsabilização individual do agente físico (estando, desta forma, explicado o significado da primeira parte do artigo). Esta responsabilidade cumulativa não está, porém, livre de críticas por parte de alguns autores , como é o caso de JAKOBS. Defendem que se o agente actua

³²⁸ Neste sentido, a autora propõe uma redação alternativa para este n.º6: “A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída, quando o facto houver sido cometido apesar da observância dos deveres de que são destinatárias para evitar ou diminuir os riscos típicos da sua actividade, incluindo os provenientes de organização, gestão e controlo deficientes”. O que a mesma pretende com esta formulação é deixar bem claro que os riscos que advém da exploração de uma actividade devem englobar, não só aqueles que “directamente emergem da espécie de actividade desenvolvida” mas também (!) “os que resultam de uma organização, gestão ou fiscalização desconformes com o expectável e o possível relativamente ao tipo de empresa em questão, tendo em conta a sua natureza e dimensão, isto é, a sua implementação no mercado, nível de complexidade e de organização, etc.”. TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1438.

Parece-nos que esta posição é, de alguma forma, influenciada pelo conceito de *compliance*. Este pode caracterizar-se pela ideia de “*prevención de riesgos de responsabilidad empresarial por incumplimiento de regulaciones legales*”, ou seja, o objectivo dos programas de *compliance* é precisamente o de controlar os riscos inerentes a uma actividade, de forma a prevenir a prática de crimes. ENRIQUE BACIGALUPO sublinha a este propósito que tanto no ordenamento jurídico italiano, como no chileno existem disposições legais que excluem a responsabilidade das pessoas jurídicas quando as mesmas cumprem “*las exigências del modelo de prevención que imponen a las personas jurídicas*”, o que vai de encontro àquilo que é defendido pela referida autora, ENRIQUE BACIGALUPO (2011), p.22, 103 e 104. Muito embora tenhamos tido dificuldade em encontrar referências a este conceito na doutrina nacional, não podemos deixar de mencionar que , intimamente ligado ao mesmo está o conceito de “*corporate governance*” , este já bastante discutido no nosso país, e que, no fundo, se reconduz ao conceito de *compliance*. Em português “governança ou governo das sociedades”, refere-se o mesmo ao “complexo das regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais, deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração e ao controlo (ou fiscalização) das sociedades”, e o objectivo deste é precisamente a diminuição dos riscos gerados pela actividade das sociedades. Para maior desenvolvimento: COUTINHO DE ABREU (2010), p. 7 e segs.

³²⁹ TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1428.

³³⁰ A mesma solução é adoptada pelo *Corpus Juris*, que diz, no seu art.14º/2: “*where it arises, the criminal liability of an organization does not exclude that of any natural person as main offender, inciter or accomplice to the same offence*”.

³³¹ A expressão “responsabilidade cumulativa” adoptada pela doutrina tem a sua origem em TIEDEMANN, que a utilizou referindo-se aos sistemas em que a responsabilidade das pessoas físicas co-existe com a das pessoas jurídicas. Ademais, no direito japonês esta situação é designada por “punição paralela”. TIEDEMANN (1995), p.33.

funcionalmente então não está a manifestar uma vontade própria (bem como não está a prosseguir um interesse seu, próprio) mas antes a vontade do ente colectivo, pelo que não deveria ser responsabilizado pessoalmente.

Esta argumentação apresenta várias falhas, como bem aponta GERMANO MARQUES DA SILVA, nunca foi causa de exclusão de responsabilidade o facto do agente actuar representando terceiros. De igual forma, a prossecução de um interesse próprio não é elemento constitutivo da maior parte dos crimes, e “por isso, o comando que a norma contém é dirigido a todos os que podem realizar a conduta proibida”³³². A isto acresce o facto de que, ao actuar funcionalmente, o agente não vê eliminada a sua vontade própria, pelo contrário, a mesma mantém-se.

Outros, como FERNANDO TORRÃO questionam a necessidade político-criminal desta dupla responsabilização. De forma sucinta, este autor defende uma lógica de “subsidiariedade e residualidade” da responsabilidade das pessoas jurídicas face à responsabilidade dos agentes físicos: “a focagem da responsabilidade colectiva deve (...) restringir-se à fragmentaridade dos espaços nos quais se não apuram responsabilidades individuais, vale por dizer, deve localizar-se no âmbito da chamada “irresponsabilidade organizada” para que, desse jeito, tal responsabilidade colectiva possa funcionar, pois, como medida de *ultima ratio* que visa colmatar situações de *impunidade*” . A posição deste autor, muito crítica daquilo que este designa como “dupla punição automática” consagrada no nosso C.P.³³³, tem implicações no problema que iremos expor de seguida. Isto é, ao acreditar que identificando-se o líder e sendo este punido, a punição da pessoa jurídica se torna desnecessária, o mesmo defende (como o defendem também outros autores) , seguindo essa lógica, que nas situações em que não é possível identificar o

³³² GERMANO MARQUES DA SILVA (2009) II, p.299.

³³³ Este autor critica, aliás, o próprio modelo adoptado pelo nosso ordenamento jurídico, que - segundo o mesmo - peca por “defeito”, e ao mesmo tempo por “excesso” , porquanto não permite a “existência de reacção punitiva sobre o ente colectivo nas situações de *total irresponsabilidade organizada*” (por aqui percebemos que, ao contrário de GERMANO MARQUES DA SILVA, este não entende ser possível, face ao disposto no art. 11º, que a pessoa colectiva seja responsabilizada nos casos em que não é possível identificar o agente físico que cometeu o crime) e , por outro lado, admite a existência de “reacção punitiva sobre o ente colectivo mesmo que não haja qualquer *irresponsabilidade organizada*” - ainda segundo o mesmo, “só havendo efectivamente uma *deficiência organizacional* que torne possível o crime, situada além da responsabilidade individual das pessoa físicas, se poderá falar em necessidade punitiva das pessoas jurídicas” FERNANDO TORRÃO (2010), p.301 e 302.

agente físico que comete o crime se irá, então, punir a pessoa colectiva, pois nestas circunstâncias já se verifica a necessidade político-criminal de o fazer³³⁴.

Por sua vez, o que dizer do que dispõe a parte final, “nem depende da responsabilização destes”?

JORGE DOS REIS BRAVO questiona a este propósito: “encontrar-nos-emos face a um critério de imputação (objectiva e subjectiva) integralmente autónoma da responsabilidade penal de entes colectivos, dispensando-se a responsabilização por uma acção ou omissão concretas de alguém, desde que os mesmos possam causalmente assacar-se ao ente colectivo?” ou “terá o legislador pretendido apenas dispensar a identificação da concreta pessoa humana que actuou em posição de vincular a pessoa colectiva?”³³⁵ Para GERMANO MARQUES DA SILVA, esta previsão justifica-se face à existência de casos “ em que o tribunal pode comprovar que o acto foi praticado por um órgão ou representante sem o que não poderia ocorrer nos termos concretos que foram realizados, mas não seria possível individualizar de entre os titulares dos órgãos ou representantes quem foi o agente do acto”, defende o autor que “esta dificuldade não impede a responsabilização da sociedade, desde que seja possível decidir que o acto só poderia ter sido praticado em razão da actuação, mediata ou imediata, por acção ou por omissão culposas de um órgão ou representante”³³⁶⁻³³⁷, por outras palavras “pode suceder que (...) apenas em relação ao agente individual este não seja responsabilizado, podendo a pessoa colectiva sê-lo, porque responde por facto próprio e culpa própria”³³⁸⁻³³⁹.

³³⁴ Nas palavras do autor: “[n]ão se vislumbra grande utilidade político-criminal na punição da pessoa colectiva apurada que esteja a responsabilidade individual pelo crime praticado, na medida em que (...), as ingentes necessidades de responsabilização dos entes colectivos se situam nos domínios onde opera a chamada irresponsabilidade organizada, isto é, no domínio dos espaços de impunidade. Sob o pretexto da necessidade geral de punir as pessoas colectivas pelos espaços de impunidade individual que frequentemente nesta matéria se geram (mercê das dificuldades inerentes à complexidade empresarial) será legítimo puni-las precisamente em situações nas quais essa impunidade individual, ao cabo e ao resto, pode não existir?”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.299 (n.341).

³³⁵ JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.190.

³³⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.275.

³³⁷ Esta solução seria, de um ponto de vista pragmático, a ideal. Nomeadamente porque se evitavam, desta forma, problemas de ordem probatória, como reconhece, igualmente, JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.190.

³³⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.275.

³³⁹ O autor parece alinhar, desta forma, com alguma jurisprudência francesa que, deparando-se com uma previsão legal semelhante à consagrada no nosso ordenamento tem admitido uma responsabilidade implícita dispensando, desta forma, a imputação do facto aos líderes. Uma solução idêntica é ainda admitida pelo Código Penal suíço, que prevê uma imputação directa à pessoa jurídica sempre que não é possível imputar o crime a uma pessoa física determinada em virtude de falhas na organização da

Conclui-se, assim, que para este autor o que está em causa é uma resposta ao “problema mais delicado de toda a construção da responsabilidade penal”³⁴⁰ dos entes colectivos, e que pode conduzir a situações de impunidade: o que dizer dos casos em que é impossível identificar o agente físico que agiu ou deveria ter agido ?

No caso da omissão o problema coloca-se da seguinte forma: imagine-se que é cometido um crime por um funcionário (em nome e no interesse da pessoa colectiva), mas não se consegue depois, por alguma razão, apurar quem estava investido numa posição de garante³⁴¹. Só podemos concluir que não será possível neste caso imputar o facto à pessoa jurídica, pois falha, desde logo, o mecanismo do 11º/2/b).

Há no entanto autores que admitem que seja possível a imputação, ao abrigo do 11º/7 (“nem depende da responsabilização destes”), como é o caso de GERMANO MARQUES DA SILVA. Segundo este, se não foi possível apurar a pessoa física que, neste caso, deveria responder pela omissão, mas o tribunal puder comprovar que o acto ilícito só foi praticado naqueles termos em virtude dessa omissão, então poderá imputar-se o facto à pessoa colectiva. Parece-nos, com o devido respeito, muito duvidoso que assim possa ser. Acreditamos que aceitar esta solução seria admitir a responsabilidade penal de uma pessoa jurídica sem que se verificasse neste caso a existência de um dos pressupostos que a lei impõe. Estaríamos a “dar um salto” do funcionário para a entidade colectiva, sem imputação do facto a uma pessoa em posição de liderança. Sendo essa imputação objectiva condição *sine qua non* para admitir a consequente imputação do facto ao referido ente.

Creemos não ter sido esta a intenção do legislador. Opinião que, aliás é partilhada por JORGE DOS REIS BRAVO³⁴², que refere: “nem seria necessário ao

empresa. Esta previsão, é, no entanto, fortemente criticada por este mesmo autor, como vimos já em momento anterior. Ainda no mesmo sentido a lei italiana consagra uma autonomia da responsabilidade do agente físico face à da entidade colectiva se o autor do crime não for identificado ou não for imputável. GERMANO MARQUES DA SILVA (2012), p.388 (n.1).

³⁴⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009), p.181.

³⁴¹ Talvez esta seja uma hipótese meramente académica. Dentro da estrutura de uma pessoa jurídica, à partida, o trabalho estará dividido de forma a que possa discriminar-se quem, dentro de certo departamento terá uma posição de garante. Ainda assim, dada a complexidade inerente à organização de certas entidades colectivas (sobretudo as de maior dimensão), talvez não seja impossível que esta situação se verifique.

³⁴² Bem como por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, para o qual esta previsão “significa apenas que pode verificar-se a responsabilidade da pessoa colectiva (...) sem que possa responsabilizar-se o agente que tiver actuado”, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.96; o mesmo afirma ainda expressamente não concordar com esta perspectiva: (2010), p.90; “este pressuposto [referindo-se à desnecessidade de identificar a acção ou omissão da pessoa física concreta] viola o art.11.º, n.º2, cuja intenção foi

legislador um tamanho cuidado na expressa determinação das diversas categorias de pessoas que podem vincular a responsabilidade penal das pessoas colectivas, enunciando os poderes de autoridade para o exercício do controlo da actividade das mesmas ou através da violação dos deveres de vigilância ou de controlo que lhes incumbem, enquanto tais, podendo, cumulativamente, a mera violação de tais deveres em associação a condutas individuais, mesmo não obedecendo a ordens e instruções dos órgãos representantes ser suficientes para determinar a responsabilização da pessoa colectiva”³⁴³. Este autor defende, igualmente, que “sem a possibilidade de identificação de um substracto mínimo de uma conduta (humana individual) afigura-se-nos inviável o estabelecimento da imputação - objectiva e subjectiva – da conduta da pessoa colectiva, a não ser que o legislador pretendesse suprir esse óbice através da adopção de um conceito de «culpa social» das entidades colectivas, com fundamento doutrinário numa *corporate culture* ou numa «culpa convencional», por referência ao tipo subjectivo do órgão ou representante”³⁴⁴.

Há ainda que notar, em relação a GERMANO MARQUES DA SILVA, que a sua posição parece ir contra o que diz em momento anterior: “a partir do momento em que a lei exige que o crime seja cometido por aquelas pessoas parece querer significar que os elementos do crime (acção e culpa) devem verificar-se primariamente na pessoa ou pessoas físicas que o cometeram e só em razão da qualidade funcional em que os agentes físicos agiram é que poderá também ser imputado à pessoa colectiva se se verificarem as demais condições exigidas por lei para essa imputação (...). Por isso se terá antes de mais de verificar se quem agiu na qualidade de órgão, representante ou com autoridade para exercer o controlo da actividade da pessoa colectiva cometeu ou não um crime e só depois, caso a resposta seja positiva, é que pode imputar-se esse mesmo crime à pessoa colectiva se ocorrerem os pressupostos de que a lei faz depender

claramente contrária, como resulta (...) da discussão na UMRP [Unidade de Missão para a Reforma Penal] em várias reuniões (...), quer ainda da exposição de motivos da proposta de lei nova. Como se esclarece na exposição de motivos da proposta de lei n.º98/X a responsabilidade criminal “depende sempre de o crime ser cometido em nome e no interesse da pessoa colectiva, por pessoa que nela ocupe uma posição de liderança ou que aja sob a sua responsabilidade”. A UMRP quis consagrar o critério de imputação reconhecido no direito europeu, que é consideravelmente mais apertado, rejeitando a concepção de uma culpa por “deficiência organizacional”, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.91.

³⁴³ JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.191.

³⁴⁴ JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.191.

esta imputação logicamente dependente, mas lógica e cronologicamente concomitante”³⁴⁵.

Isto não invalida, no entanto, a segunda parte do artigo aqui em análise (“nem depende da responsabilização destes”), já que esta dependência “não se refere à responsabilidade, no sentido de que a das pessoas colectivas fica dependente da das pessoas físicas que perpetraram o facto típico, mas que é a partir do facto e da culpa daquelas pessoas físicas que se há-de configurar a responsabilidade das pessoas colectivas”³⁴⁶, não terá, portanto, que haver uma efectiva condenação do agente físico.

Acreditamos ter sido intenção de legislador ressaltar que a pessoa jurídica será responsabilizada se, por exemplo, o procedimento criminal prescreve em relação à pessoa física³⁴⁷; se o agente físico morre depois da prática do crime³⁴⁸ ou se há uma causa de exclusão de culpa ou causa justificadora do facto só válida em relação ao agente físico³⁴⁹. De igual forma JORGE DOS REIS BRAVO especula se será este o significado da lei: “sempre se pode defender, com bons fundamentos, que a responsabilidade do ente colectivo se verificará, em absoluta independência da sorte que, em termos substantivos e processuais, a cada sujeito individual possa caber. Seria o caso de as vicissitudes advenientes do regime de prescrição de que possa beneficiar um dos responsáveis individuais, de uma medida de direito de graça (como a amnistia, o perdão ou o indulto) aproveitar às pessoas humanas, de uma causa de dispensa de pena, da morte da pessoa singular responsável, enfim, de qualquer outro obstáculo à concreta responsabilização do(s) agente(s) individual(ais), em fases diferenciadas do processo”

³⁴⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA (2012), p.388.

³⁴⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA (2012), p.388.

³⁴⁷ No mesmo sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.99. Note-se que na prática será muito difícil que se verifique esta situação.

³⁴⁸ Aliás, neste sentido vai precisamente o acórdão de 2 de Julho de 2003 da Relação de Lisboa, embora tendo por base o Decreto-Lei 28/84, conclui-se, e bem, que tendo a responsabilidade criminal do ente colectivo uma origem “derivada”, a mesma “não tem natureza subsidiária, mas antes cumulativa (...). Pelo que, a extinção da responsabilidade criminal – designadamente por morte - da pessoa singular, conexas com a sociedade, não determina necessariamente a extinção da responsabilidade criminal do ente colectivo” (*in* Colectânea de Jurisprudência, nº169, ano XXVIII).

³⁴⁹ Muito embora esta hipótese não esteja isenta de críticas: podemos apontar incoerência ao facto de estas não se transmitirem igualmente à pessoa colectiva. Neste sentido aponta JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.191; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, para o qual, havendo uma actuação do líder sob erro, causa de justificação ou causa de exclusão de culpa, está excluída a possibilidade da entidade colectiva ser criminalmente responsabilizada, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (2010), p.97, bem como TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1140. Acreditamos, na esteira destes autores, que o mais razoável é que nestas situações a pessoa colectiva não possa também ser responsabilizada. Isto vai, aliás, de encontro ao que defendemos em momento anterior: se a culpa da pessoa jurídica é manifestada pela pessoa física, que, ao agir, age na veste de si própria e na veste de pessoa colectiva, não seria coerente que, havendo uma causa de exclusão de culpa esta não fosse comunicada à pessoa colectiva.

³⁵⁰, conclui, desta forma que “a expressão utilizada pela lei na parte final do n.º7 do art.11º do Cpen, «responsabilização», parece traduzir uma noção de exigência de efectivo e concreto sancionamento das pessoas humanas, ao qual não ficaria indissoluvelmente ligada a (também) concreta responsabilização do ente colectivo, a qual resultaria, em primeira linha, mas não exclusivamente, da responsabilidade daquelas”.

JORGE DOS REIS BRAVO apresenta ainda outra perspectiva, especulando em relação a esta intenção, afirmando que poderá ainda estar em causa “uma construção no sentido de que a autonomia da responsabilidade do ente colectivo se afirmaria face à da(s) pessoa(s) singula(res) , quando ocorresse uma relação de consumação relativamente à tentativa, uma relação de autoria face à cumplicidade ou de dolo perante a negligência” conclui, porém, que “como é bom de ver esta proposta redundaria numa autêntica responsabilidade penal autónoma do ente colectivo, sem que, no entanto, o legislador haja estabelecido critérios de imputação – sobretudo ao nível do tipo subjectivo de ilícito – distintos ou autónomos, relativamente aos consagrados para as pessoas humanas. Será, ainda, face ao estado actual do sistema de imputação de responsabilidade de entes colectivos – consagrado quer no Código Penal, quer na legislação penal avulsa - , com base nos quadros reportados às pessoas humanas, que se continua(rá) a estabelecer os termos da imputação da responsabilidade penal colectiva”³⁵¹.

Ainda em relação a esta questão o mesmo autor propõe uma visão diferente daquela que referimos que assenta na “formulação de tipos penais exclusivamente reportados à conduta (activa ou omissiva) ilícita do ente colectivo, em que o estabelecimento da imputação deste se faça em moldes (estritamente) formais”, esclarece ainda que estes se caracterizariam pelo facto dos seus contornos descritivos e normativos se aplicarem “apenas a entes colectivos (sendo, reversamente, inaplicáveis à conduta individual) e nos quais o estabelecimento da imputação destes se faça em moldes formais”³⁵².

³⁵⁰ JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.193.

³⁵¹ JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.192.

³⁵² JORGE DOS REIS BRAVO (2008), p.79.

Inconstitucionalidade da responsabilidade cumulativa?

Alguns autores³⁵³ questionam a constitucionalidade da aceitação de uma responsabilidade cumulativa com base na possibilidade de esta violar o princípio *non bis in idem*³⁵⁴⁻³⁵⁵, plasmado no art.29º/5 da Constituição da República Portuguesa³⁵⁶ (significa este que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo facto³⁵⁷). No entanto, não se trata de proibir que o mesmo facto possa ser imputado a duas, ou mais, pessoas distintas (pessoa colectiva e pessoa física) pelo que não será procedente a referida crítica. No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Constitucional³⁵⁸ - e assim o entende, também, a generalidade da doutrina³⁵⁹ -, esclarecendo que este princípio “não obsta a que pelo mesmo facto objectivo venham a ser perseguidas penalmente duas pessoas jurídicas diferentes, sendo também passíveis de sanções diferentes”, “a consagração legal da responsabilidade individual, ao lado da responsabilidade do ente colectivo, porque não implica um duplo julgamento da mesma pessoa pelo mesmo facto, não viola o artigo 29.º, n.º5 da Constituição”.

³⁵³ É o caso de AUGUSTO SILVA DIAS que entende estarmos perante uma “flagrante violação do princípio “*ne bis in idem*””. Seguindo o mesmo entendimento de FERNANDO TORRÃO (a que nos referimos em momento anterior) este autor defende que “por detrás da ideia de atribuição de responsabilidade criminal às pessoas colectivas está a intenção de fazer face a situações escandalosas de *impunidade* e não a de criar situações de dupla punição”. Assistimos a uma violação do referido princípio, “não na modalidade da dupla punição da mesma pessoa pela prática do mesmo facto, mas na dupla punição indevida do mesmo facto”, FERNANDO TORRÃO *apud* AUGUSTO SILVA DIAS, (2010), p.357.

³⁵⁴ Nomeadamente por se considerar que, nestes casos, a pessoa humana é punida directamente, e ainda através da punição da pessoa colectiva, sendo, portanto, duplamente punida.

³⁵⁵ Outros, como FERNANDO TORRÃO vêm aqui uma violação do princípio da proibição do excesso, já que - entende o mesmo - havendo uma “*total responsabilização individual*” (isto é, responsabilizando-se o agente físico que cometeu o crime) deixa de ser necessário a punição do ente colectivo. Nas palavras do próprio: “a sua eventual aplicação [de uma pena à pessoa jurídica] acabaria, pois, por reprová-lo e punir aquilo que havia já sido reprovado e punido com a pena cominada à pessoa física, havendo aqui, deveras, um enquadramento muito próximo ao da lógica do *bis in idem*. Pensamos, no entanto, que a desconformidade de uma tal solução com a ordem jurídico-constitucional, a existir, se situará *mais* no plano da violação do princípio da *mínima intervenção* ou da *proibição do excesso* que resulta da conjugação dos artigos 18.º, n.º2 e 27.º, n.º1 ambos da CRP e *menos* numa violação do princípio do *non bis in idem* (...)”, FERNANDO TORRÃO (2010), p.359.

³⁵⁶ “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”.

³⁵⁷ De acordo com J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA trata-se de um verdadeiro direito subjectivo fundamental, para além de comportar ainda uma dimensão de princípio constitucional objectivo. J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (2007), p.497.

³⁵⁸ Acórdãos n.ºs 212/95, 9/99, 134/01, 389/01. Apreciando criticamente as decisões do mesmo: MÁRIO PEDRO SEIXAS MEIRELES (2006), p.90 e segs.

³⁵⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA (2009) II, p.301.

3.6. Modalidades de imputação do facto

Não parece haver nenhum obstáculo a que a pessoa jurídica possa ser responsável por crimes tentados ou consumados, bem como pode sê-lo a título de autoria, instigação ou cumplicidade, se o crime foi cometido pelos seus líderes de uma forma tentada ou consumada, e a pessoa em causa foi o autor, instigador ou cúmplice. Note-se, no entanto, que – como bem refere TERESA QUINTELA DE BRITO – não é possível admitir uma situação de comparticipação entre a pessoa jurídica e os seus líderes, o que bem se entende se considerarmos tudo o que foi dito ao longo deste trabalho: a actuação dos líderes na dupla veste de si mesmos e da pessoa colectiva significa necessariamente uma identificação entre ambos que não permite a “dissociação de pessoas (...) imprescindível à comparticipação criminosa”³⁶⁰. Nada impede, contudo, que possa existir uma situação de cumplicidade entre várias pessoas colectivas ou entre pessoas colectivas e pessoas físicas que não sejam seus órgãos ou representantes, nem tenham autoridade para controlar a actividade colectiva.

Imagine-se um caso em que um dos líderes do ente colectivo instiga um funcionário do seu departamento à prática de um crime de branqueamento. Ele sabe que não será possível, por alguma razão, que o crime lhe seja imputado a título de omissão imprópria, e sabe igualmente que assim sendo, o crime apenas poderia ser imputado pessoalmente ao funcionário (como vimos já em momento anterior). É nestes casos que, provando-se esta situação, o líder responderá como instigador, e conseqüentemente, o facto já poderá ser imputado à pessoa colectiva, como instigadora igualmente.

Por outro lado, não podemos esquecer situações mais complexas, como é o caso de sociedades anónimas em que algum dos accionistas pode perfeitamente ser, também ele, uma pessoa jurídica. FERNANDO TORRÃO problematiza esta questão, se: “A, representante da *empresa K* no conselho de administração da *empresa X*, colaborar, através do voto, numa decisão deste conselho de administração que envolva a prática, e.g., de um crime fiscal ou ambiental, uma vez consumado o crime, além da respectiva responsabilidade criminal individual de cada administrador que votou favoravelmente a deliberação (como co-autores mediatos ou co-instigadores, conforme os casos), entre os quais A, e além, ainda da possível responsabilidade criminal da

³⁶⁰ TERESA QUINTELA DE BRITO (2008), p.1442.

empresa X, como autora do crime, levantar-se-á, também, naturalmente, a questão da eventual implicação da própria *empresa K* no crime, quiçá como participante, isto é (co-) instigadora ou cúmplice, ou até como co-autora mediata³⁶¹.

³⁶¹ FERNANDO TORRÃO (2010), p.471 e 472.

CONCLUSÃO

Esperamos, chegando ao final deste trabalho, ter feito uma contribuição - ainda que humilde - para a compreensão deste problema ou , pelo menos, para a sua problematização.

Nunca foi nosso objectivo tirar conclusões definitivas em relação a esta problemática, mas tão só confrontar opiniões, levantar problemas, apontar áreas em que muito há ainda a fazer para chegar a um consenso entre os vários autores.

Como sabemos já, este é um problema colocado recentemente: foi apenas em 2007 que o art.11º passou a ter a configuração que lhe conhecemos hoje. Há, portanto , um longo caminho a percorrer , decerto nos próximos anos vários serão os que se irão deter sobre o tema que aqui tratámos. Apenas podemos desejar ser, de alguma forma, um ponto de partida para esses.

BIBLIOGRAFIA

Artigos e livros:

- ABREU, Coutinho de. Governação das sociedades comerciais, 2010.
- ALBERGARIA, Pedro Soares de. A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa, Revista Portuguesa de Ciências Criminais, ano 9, fasc.4º, Out.-Dez., 1999.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas, 2006. Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=50879&ida=50919.
- _____ . Comentário do Código Penal, 2010.
- ANDRADE, Manuel. Teoria Geral da Relação Jurídica, I, 1960.
- ANTUNES, Maria João. Responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas – alterações introduzidas pela Lei n.º.59/2007, de 4 de Setembro, Estudos de Direito do Consumidor n.º8, 2006-2007.
- _____ . A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal. Lusíada, Universidade Lusíada do Porto, n.º 1 e 2, 2003.
- AREZ, Mário Corrêa. Da responsabilidade penal das pessoas colectivas, Scientia Juridica, ano 11, 1962.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Branqueamento de capitais: reacção criminal. Estudos de Direito Bancário, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*, 2011.

- BACIGALUPO, Silvina. Autoría y participación en delitos de infracción de deber, una investigación aplicable al derecho penal de los negocios, 2007.

- BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos. À volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial, 2004.

- BARROS, António Coelho de. Sobre os crimes omissivos, em especial o dever de agir nos crimes omissivos impróprios. Revista Jurídica, Lisboa, Out.- Dez., n.º2, 1983.

- BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do código penal, 2007.

_____. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção, 2002.

- BRAVO, Emilio Moreno y. Autoria y participación en los delitos improprios de omisión según la doctrina del tribunal supremo. Autoria en la doctrina del Tribunal Supremo (co-autoria, autoria mediata y delitos improprios de omisión), 1997.

- BRAVO, Jorge dos Reis. Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa de responsabilidade penal de entes colectivos), Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 13, nº2, Abr.-Jun., 2003.

_____. Direito Penal de Entes Colectivos, Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas, 2008.

_____. Criminalidade económico-financeira e organizada: um desafio sem resposta? Para um conceito estratégico de prevenção e combate à criminalidade económico-financeira e organizada, Revista do CEJ, nº16, 2011.

- BRITO, Teresa Quintela de. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da

responsabilidade individual e colectiva, Estudos em homenagem ao Professor Dr. José de Oliveira Ascensão, vol. II, 2008.

- CAEIRO, Pedro. Art.321º, Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial, tomo II, 1999.

_____. A decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001 e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa, Direito Penal económico e europeu: textos doutrinários, V. III, I.D.P.E.E., F.D.U.C., 2009.

- CAEIRO, Pedro e DIAS, Figueiredo. A lei de combate ao terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, Sobre a transposição, para o direito português, da Decisão-quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo. Revista de legislação e jurisprudência, ano 135º, Nov.- Dez. , 2005.

- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Crimes económicos e imputação objectiva. Processo penal e direitos fundamentais, 2006.

- CARVALHO, Américo Taipa de. Direito penal, parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime, 2ª edição, 2008.

- CARVALHO, António Simões de. Capacidade delitual das pessoas colectivas, Justiça Portuguesa nº45, 1937.

- CONTRERAS, Joaquín Cuello, El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2013. Disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-03.pdf>.

- CORREIA, Manuel. Direito Comercial, Direito da empresa, 2007.

- COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal), Revista portuguesa de ciências criminais, ano 2, fasc.4, Out.-Dez., 1992.

_____. O branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal), Boletim da Faculdade de Direito, 68, 1992.

_____. O fenómeno da Globalização e o direito penal económico. Direito penal económico e europeu: textos doutrinários, v. III, I.D.P.E.E., Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009.

- CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados, 2007. Disponível em http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/Posicion_de_garante_e_mpresario.pdf.

- CUESTA, José Luis de la. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español, 2011.

- DIAS, Augusto Silva. Ramos emergentes do direito penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana), 2008.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras, (sem indicação de ano). Disponível em <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>.

- DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. La culpabilidad penal de la empresa, 2005.

- FIANDACA, Giovani. Crimes of omission and criminal liability for omissions, Revue Internationale de Droit Penal, année 55, 1984.

- PINHEIRO, Luís Goes de. O branqueamento de capitais e a globalização (facilidades na reciclagem, obstáculos à repressão e algumas propostas de política criminal), Revista Portuguesa de Política Criminal, ano 12, n.º1, Jan.-Mar. , 2002.

- GODINHO, Inês Fernandes. A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico, 2007.

- GODINHO, Jorge A.F. Do crime de “Branqueamento de capitais” , Introdução e tipicidade, 2001.

_____. Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes, Revista da Ordem dos Advogados, ano 71, Jan.-Mar., 2011.

- GONÇALVES, Pedro Correia. A responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais, Revista Direito e Justiça, ano IX, nº12, Março, 2009.

- GONÇALVES, M. Maia. Código penal anotado, 2007.

- GONZÁLEZ, Carlos J. Suárez . Receptación y blanqueo de capitales. Compendio de derecho penal (parte especial), vol.II, 1998.

- JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal, parte general, 5ª edição, 2002.

- LEITE, André Lamas. As posições de garantia na omissão impura: em especial, a questão da determinabilidade penal, 2007.

- MANSILHA, Eduardo. Responsabilidad penal das pessoas colectivas: societas delinquere potest?

- MARTINS, A.G. Lourenço. Branqueamento de capitais: contra-medidas a nível internacional e nacional. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, ano 9, fasc. 3, Jul.-Set., 1999.

- MATTA, Caeiro da. Direito Criminal Português, II, 1911.

- MATTA, Paulo Saragoça da. O art.12º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”, 2001.

- MEIRELES, Mário Pedro Seixas. Pessoas colectivas e sanções criminais, 2006

- MÉNDEZ, Iván Fabio Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de

garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados.
Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_28.pdf.

- MORALES, Oscar. La persona jurídica ante el derecho penal y el proceso penal, 2011. Disponível em <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3202/documento/art18.pdf?id=3347>.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. Crimes económicos e responsabilidade penal de pessoas jurídicas, 1997.
- PEREIRA, Vítor de Sá e LAFAYETTE, Alexandre. Código penal anotado e comentado, 2008.
- PRADEL, Jean. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês, ensaio de resposta a algumas questões-chave, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n.º24, Out.-Dez., 1998.
- PUIG, Santiago Mir. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Lusíada, série III, n.º3, Universidade Lusíada de Lisboa, 2005.
- ROCHA, Manuel António Lopes. A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas, Direito penal económico e europeu: textos doutrinários, vol., problemas gerais, 1998.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito do crime de poluição (art. 279º do Código Penal), Direito e Justiça, vol.12, tomo I.
- RODRIGUEZ, Caty Vidales. Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el código penal de 1995, 1997.
- RODRIGUEZ, Laura Zúñiga. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 2ª edición, 2003.
- RUIZ, María Àngeles Cuadrado, La responsabilidad por omisión de los deberes de empresario, 1998.

_____. La posición de garante, *Revista de derecho penal y criminología*, 2º época, nº6, 2000.

- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español. *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, libro homenaje a Claus Roxin, 1995.

- SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, 2002.

- SÁNCHEZ, Pedro Donaires. Reponsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado, 2013.

- SANTIAGO, Rodrigo. O «branqueamento» de capitais e outros produtos do crime: contributos para o estudo do art.23º do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro e do regime da prevenção da utilização do sistema financeiro no «branqueamento» (Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro), *Revista portuguesa de ciências criminais*, ano 4, n.º4, Out.-Dez. , 1994.

- SATULA, Benja. *Branqueamento de Capitais*, 2010.

- SCHÜNEMANN, Bernd. The principles governing crimes of omission, *Revue Internationale de Droit Penal*, année 55, 1984.

_____ . Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, 1982. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>.

_____ . Responsabilidad penal en el marco de la empresa, dificultades relativas a la individualización de la imputación, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. LV, 2002.

- SERRA, Teresa. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. *Revista portuguesa de ciências criminais*, ano 5, Jun.- Dez., 1995.

- SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português, parte geral I, introdução e teoria da lei penal*, 2001.

_____. Responsabilidade penal das pessoas colectivas, 2007.

_____. Notas sobre branqueamento de capitais em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal. Homenagem da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa ao Prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles, 90 anos, 2007.

_____. Responsabilidade Penal das sociedades e dos seus administradores ou representantes, 2009.

_____. Direito penal tributário – sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário, 2009 II.

_____. Direito Penal Português, Teoria do Crime, 2012.

- SILVA, Isabel Marques da. Responsabilidade penal fiscal cumulativa das sociedades e dos seus administradores e representantes, 2000.

- SOUSA, Cristina Pimenta de. Aparelhos organizados de poder : considerações críticas sobre a responsabilização de titulares de cargos dirigentes, 2012.

- SOUSA, Susana Aires de. Direito penal das sociedades comerciais. Qual o bem jurídico? , Revista portuguesa de ciência criminal, ano 12, n.º1, Jan.-Mar., 2002

_____. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Separata de ‘Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, 2009.

- STRATENWERTH, Günther. Derecho penal, parte general I, el hecho punible, 2005.

_____. A luta contra o branqueamento de capitais por meio do direito penal: o exemplo da Suíça, Lusíada, séria III, n.º3, Universidade Lusíada de Lisboa, 2005.

- TEIXEIRA, Carlos Adérito. A pessoa colectiva como sujeito processual - ou a "descontinuidade" processual da responsabilidade penal, Revista do C.E.J., n.º8, 2008.
- TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán), 1993
- _____ . Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, Julho-Setembro, 1995.
- _____ . Responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1996.
- TORRÃO, Fernando. Societas delinquere potest? Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”, 2010.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição. Figura Central, aliciamento e autoria mediata (contributo para uma crítica intra-sistemática da doutrina de Claus Roxin sobre a delimitação da autoria mediata face à participação, no âmbito dos crimes de domínio), Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Vol. I, 2001.
- VARELA, Jorge A.B. de Sousa. A responsabilidade criminal no âmbito das pessoas colectivas – uma perspectiva de futuro, dissertação de mestrado em ciências jurídico-criminais, 2004.
- VOGUEL, Joachim. La responsabilidad penal por el producto en Alemania: situación actual y perspectivas de futuro, Revista penal nº8, 2001. Disponível em <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/118> .

ÍNDICE

Modo de citar.....	3
Introdução.....	4
Método.....	6
1.O crime de branqueamento de capitais: conceito e evolução legislativa	7
1.3. A prevenção	
1.4. Criminalização	
1.4.1. Bem jurídico.....	13
1.4.2. Tipo objectivo.....	17
1.4.3. Tipo subjectivo.....	20
1.4.4. O problema da inclusão do autor do facto precedente no círculo da autoria do branqueamento	21
2. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas	
2.1. Evolução histórica.....	24
2.2. O estado actual do problema	
2.2.1. No direito português.....	26
2.2.2. No direito estrangeiro.....	27
2.3. Fundamentação da responsabilidade - a capacidade de acção e a culpa da pessoa jurídica.....	30

2.3.1. O “pensamento analógico” (FIGUEIREDO DIAS).....	34
2.3.2. A “racionalidade material dos lugares inversos” (FARIA COSTA).....	35
2.3.3. A teoria do “ <i>desdoblamiento funcional</i> ” (JOAQUÍN CONTRERAS).....	36
3. Da imputação do crime de branqueamento de capitais à pessoa jurídica.....	38
3.1. Os modelos de imputação.....	39
3.2. Imputação objectiva	
3.2.1. Formais.....	46
a) Alínea a) do n.º2 do art.11º.....	47
b) Alínea b) do n.º2 do art.11º.....	54
<i>Excursus:</i> Tipo objectivo do delito de omissão imprópria.....	59
a) Situação típica	
b) Ausência da acção esperada	
c) Possibilidade fáctica de acção	
d) Imputação objectiva	
e) A posição de garante	
b.1) A posição de garante das “pessoas em posição de liderança”.....	64
3.2.2. Actos funcionais vs. actos pessoais.....	78

3.2.3. Materiais	
a) Em nome da pessoa jurídica	82
b) No interesse da pessoa jurídica.....	83
3.3. Imputação subjectiva	85
3.3.1. O caso do branqueamento de capitais.....	85
3.3.2. O problema da culpa.....	87
3.4. O n.º 6 do art.11º.....	89
3.5. O n.º 7 do art.11º.....	92
3.6. Modalidades da imputação do facto.....	100
Conclusão.....	102
Bibliografia.....	103
Índice.....	112