



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Ana Sofia Rodrigues Pereira

A finalidade da pena da pessoa coletiva no Código Penal português

The purpose of punishing the corporation in the Portuguese Criminal Code

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Criminais*

Orientador(a): Professora Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes

Coimbra, 2018

*Para os meus Pais,
Para os meus Avós,
Para o Rui:
Pilares da minha vida.*

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação foi possível, apenas, devido ao apoio de quem, de uma forma ou de outra, longe ou perto, me acompanhou neste percurso.

À Senhora Professora Doutora Maria João Antunes, pela orientação fornecida e disponibilidade demonstrada;

Aos meus Pais, por serem o Começo de tudo;

Aos meus Avós, por caminharem comigo lado a lado;

Ao Rui, pelo que as palavras não podem exprimir;

Àqueles que vieram e foram,

Mas, acima de tudo, àqueles que vieram e ficaram.

RESUMO

A presente dissertação pretende analisar o problema das finalidades da pena da pessoa coletiva no ordenamento jurídico-penal português. Para alcançar o referido desiderato, é necessário perceber, num momento prévio, e em primeiro lugar, que motivos levaram o legislador português a incluir a pessoa coletiva no leque de sujeitos passíveis de serem penalmente responsabilizados e, em segundo lugar, de que modo é que efetivou a dita inclusão. Para isso, analisamos tanto o modelo de responsabilidade adotado, como as penas principais previstas para as pessoas coletivas. No momento seguinte, averiguamos quais as teorias que visam legitimar o instituto da pena para, depois, deslindar qual a posição defendida no ordenamento jurídico-penal português em matéria de finalidades da pena. Estas teorias, desenhadas para a pessoa singular, carecem de adaptação à realidade específica que constitui a pessoa coletiva, enquanto novo sujeito jurídico-penal, pelo que iremos dedicar, também, uma parte da presente dissertação a esse esforço adaptativo. Esta adaptação irá permitir-nos confrontar a posição perfilhada pelo legislador português com as teorias da pena agora adaptadas à pessoa coletiva, e compreender qual o sentido e pertinência da pena da pessoa coletiva no Código Penal português. Esta apreciação será realizada à luz do modelo de responsabilidade penal da pessoa coletiva vertido no Código Penal, dada a relação visceral que se estabelece entre a pena e modo de imputação do facto à pessoa coletiva. Num último momento, examinamos as penas principais previstas para as pessoas coletivas, visto que, mais do que uma discussão puramente teórica, a discussão da finalidade da pena tem importantes repercussões práticas, mormente nas penas aplicáveis e no seu modo de determinação. Aqui, pretendemos apurar se o sistema sancionatório, no que tange às penas principais, é congruente com as considerações tecidas quanto à finalidade da pena da pessoa coletiva. Sumariamente, esta dissertação tem como primordial objetivo compreender porquê e para quê punir as pessoas coletivas no ordenamento jurídico-penal português.

Palavras-chave: responsabilidade penal; pessoa coletiva; finalidade da pena; heterorresponsabilidade

ABSTRACT

The following thesis intends to analyse the purpose of punishing a corporation in the Portuguese Criminal Law. To achieve this purpose, it is necessary to understand, previously, and in the first place, which reasons led the Portuguese legislator to include the corporation on the range of individuals capable of being criminally liable, and, in second place, how was this inclusion carried out. To this end, we analyse the adopted responsibility model and the primary criminal penalties that are foreseen for corporations. In the next moment, we ascertain which theories justify the criminal penalty and unravel the position held in the Portuguese Criminal Law in regard to the purpose of the criminal punishment. These theories, conceived for the natural person, must be adapted to the corporation's specific reality, as a new criminal law individual, wherefore we will dedicate a part of the dissertation to that adaptative effort. This adaptation will allow us to confront the advocated position of the Portuguese legislator with the different purposes of punishing a corporation and to understand the meaning and the relevance of the criminal penalties for corporations in the Portuguese Criminal Code. This analysis will be carried out in the light of the Portuguese corporate criminal liability model, given the intimate relation that is established between the criminal penalty and how the fact is imputed to the corporation. In the last moment, we examine the primary penalties predicted for corporations, since that discussing the purpose of punishing is discussing the appropriate penalty. At this point in our dissertation, we intend to determine if the sanctioning system, concerning the primary criminal penalties, is coherent with the previous considerations regarding the purpose of punishing the corporation. Summarily, the main purpose of this dissertation is to understand why and what for are corporations punished in the Portuguese Criminal Law.

Keywords: criminal liability; corporation; purpose of punishing; vicarious liability; self-liability

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – acórdão

Al. – alínea

Art. – artigo

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DL – Decreto Lei

DQ – Decisão-quadro

ed. – edição/editor(es)

ex. – exemplo/exemplos

i.e. – isto é

JORF – Journal officiel de la République française

LO – Lei Orgânica

MP – Ministério Público

n.º - número(s)

OWiG - Ordnungswidrigkeit

p. – página

RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias

RJIFNA – Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras

RPPC – Responsabilidade penal das pessoas coletivas

séc. – século

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TS – Tribunal Supremo espanhol

vol. – volume

“For us, there is only the trying.

The rest is not our business.”

T. S. ELLIOT, *East Coker in Four Quartets*

“You will burn and you will burn out;

you will be healed and come back again.”

FYODOR DOSTOEVSKY, *The Brothers Karamazov*

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	3
RESUMO	4
ABSTRACT	5
ABREVIATURAS E SIGLAS	6
ÍNDICE	8
1. Delimitação do problema e do sujeito objeto de estudo	11
2. A responsabilidade penal das pessoas coletivas	16
2.1. <i>Considerações introdutórias</i>	<i>16</i>
2.1.1. O surgimento da responsabilidade penal das pessoas coletivas	17
2.1.2. O art. 11.º do Código Penal	22
2.1.3. As penas principais aplicáveis às pessoas coletivas	31
3. Para quê sancionar as pessoas coletivas?	39
3.1. <i>A pena e o seus fins.....</i>	<i>39</i>
3.1.1. <i>A pena como instrumento de retribuição.....</i>	<i>40</i>
3.1.2. <i>A pena como instrumento de prevenção</i>	<i>44</i>
3.1.2.1 <i>Prevenção geral.....</i>	<i>45</i>
3.1.2.2. <i>Prevenção especial.....</i>	<i>47</i>
3.1.3. <i>Teorias mistas.....</i>	<i>48</i>
3.2. <i>As finalidades da pena no ordenamento jurídico-penal português.....</i>	<i>49</i>
3.2.1. <i>A evolução do pensamento legislativo português.....</i>	<i>50</i>
3.2.2. <i>E as pessoas coletivas?</i>	<i>58</i>
3.3. <i>As finalidades da pena e as pessoas coletivas.....</i>	<i>61</i>
3.3.1. <i>A teoria retributiva e o princípio da culpa</i>	<i>62</i>
3.3.2. <i>As teorias preventivas.....</i>	<i>68</i>

4. O problema da finalidade da pena da pessoas coletivas à luz do direito português	77
4.1. <i>Breves considerações prévias</i>	77
4.2. <i>O art. 40.º e o art. 11.º do Código Penal</i>	79
4.3. <i>As penas principais previstas para as pessoas coletivas à luz das finalidades da pena</i>	88
4.3.1. <i>A pena de multa</i>	88
4.3.2. <i>A pena de dissolução</i>	98
5. Considerações finais: um olhar crítico sobre o atual estado do problema	105
BIBLIOGRAFIA CITADA	111
JURISPRUDÊNCIA	127

Nota prévia relativa ao modo de citar nas notas de rodapé: Neste estudo foi utilizada a regra “*Chicago Manual of Style 16th Edition (full note)*”.

1. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA E DO SUJEITO OBJETO DE ESTUDO

“(...) many weeds have grown on the acre of jurisprudence which has been allocated to the criminal law. Among these weeds (...) is corporate criminal liability (...). Nobody bred it, nobody cultivated it, nobody planted it. It just grew.”¹

O Direito Penal, antropocêntrico na sua gênese, vê-se, hoje, confrontado com uma realidade social que extravasa as suas raízes. A realidade social atual, pós-industrial, cunhada por ULRICH BECK como a “sociedade de risco”² (*Risikogesellschaft*), é marcada por avanços tecnológicos incessantes, pela globalização da economia e das relações humanas, é, enfim, um novo tempo marcado pela dinamização das diferentes vivências comunitárias.

Estes novos tempos trazem consigo novos problemas, problemas que, para serem eficazmente solucionados, impulsionaram o desbravamento de novos caminhos jurídicos. O Direito Penal foi um dos caminhos escolhidos para enfrentar este admirável mundo novo, o que colocou a descoberto a insuficiência da dogmática penal, marcadamente antropocêntrica e liberal, para fazer face aos riscos que derivam da sociedade tecnológica e competitiva atual, riscos que, materializados, se convertem em danos espaço-temporalmente impossíveis de delimitar.

Face a estes riscos, a doutrina penal, num esforço de racionalização jurídica digno de aplauso, tem vindo não só a identificar e a delimitar novas formas de criminalidade, como introduziu, ainda, um novo sujeito na discursividade jurídico-penal. Hoje, a pessoa coletiva é entendida como um sujeito suscetível de violar normas jurídico-penais e, por isso, encontra-se submetida à mão punitiva estadual.

Este novo sujeito do Direito Penal apresenta-se como um dos principais impulsionadores das mudanças sociais e económicas operadas neste século e, por isso, compreende-se a necessidade experienciada pelo legislador no sentido de controlar a sua

¹ Gerhard O. W. Mueller, «Mens Rea and The Corporation. A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability», *University of Pittsburgh Law Review*, n. 19 (1957), p. 21.

² Ulrich Beck, «De la sociedad industrial a la sociedad de riesgo: cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica», *Revista de Occidente*, n. 150 (1993), p. 19 e ss. *apud* Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a Ed. (Civitas, 2001), p. 27.

atuação. O recurso ao Direito Penal foi incentivado pela reivindicação de segurança por parte da comunidade, que, interessada na forte censura que advém da aplicação de uma consequência jurídica penal, reclama por uma resposta forte aos novos problemas³. O Direito Penal é, no entanto, uma solução de última *ratio*, pautada pelo princípio da intervenção mínima, da fragmentariedade, pelo que se questiona se, sendo o recurso a este ramo do Direito estimulado pelo seu significado ético, será este o instrumento adequado para lidar com os novos riscos emergentes⁴.

O Direito Penal como tradicionalmente o conhecemos com certeza que não será⁵. E, aqui, cumpre questionar, até onde está a dogmática disposta a ir para albergar, no seio do Direito Penal, os novos problemas do novo mundo? No seio de um ramo do Direito, nascido, originalmente, para lidar com o homem livre, dotado de razão, até onde se pode flexibilizar a atuação do *ius puniendi*, os pilares que o enformam e legitimam, sem que exista uma descaracterização do mesmo?

A chamada responsabilidade penal das pessoas coletivas é o problema, por excelência, para averiguar do confronto existente entre o paradigma antropocêntrico do Direito Penal e a nova realidade – e, bem assim, a nova criminalidade. Na súmula oferecida por MEIR DAN-COHEN, “*o dilema a que aludo é claro: punir corporações exige forçá-las, quer conceitualmente quer normativamente, numa cama de Procrusto pré-existente desenhada para acomodar um habitante distinto; no entanto, não as punir será isentar agentes poderosos, capazes de provocar graves danos sociais, de um significativo instrumento de controlo social*”⁶.

Não iremos, contudo, alongar-nos nos problemas relativos à incapacidade de ação e de incapacidade de culpa das pessoas coletivas, iremos, isso sim, analisar o problema da responsabilidade penal das pessoas coletivas do prisma das finalidades da pena. Com maior rigor, iremos analisar as finalidades da pena da pessoa coletiva no ordenamento jurídico-penal português, no âmbito do modelo de responsabilidade penal consagrado no art. 11.º, n.º 2 do Código Penal.

³ Idêntico, Jesús-María Silva Sánchez, «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho español», em *Criminalidad de empresa y Compliance* (Atelier, 2013), p. 19.

⁴ Semelhante, Beatriz Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica* (Marcial Pons, 2017), p. 31.

⁵ Neste sentido, Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases para um modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3.ª Ed. (Editorial Arandazi, 2003), p. 99.

⁶ Tradução nossa de Meir Dan-Cohen, «Sanctioning Corporations», *Journal of Law and Policy* 19, n. 1 (2010), p. 17.

A discussão da teoria da pena da pessoa coletiva tem sido descurada pela doutrina, especialmente por comparação à (acesa) discussão da teoria do delito da pessoa coletiva, aparentemente relegando o problema para segundo plano. Este esquecimento afigura-se nos profundamente censurável pois “à sombra dos problemas dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal. Neste sentido se pode dizer que a questão dos fins das penas constitui a questão do destino do direito penal e do seu paradigma”⁷.

Não pretendemos, no entanto, realizar uma análise puramente abstrata das finalidades da pena na pessoa coletiva, mas antes uma análise centrada no Código Penal português vigente. O principal objetivo será averiguar se o legislador português, quando, no ano de 2007, introduziu a RPPC, pretendeu atribuir à pena aplicável as mesmas finalidades que atribui à pena aplicável à pessoa singular e que se encontram consagradas no art. 40.º, CP. Questionaremos, ainda, se estas finalidades são suscetíveis de serem alcançadas, questão cuja resposta, como veremos, se encontra dependente tanto das opções vertidas pelo nosso legislador no art. 11.º, n.º 2 CP como do leque sancionatório consagrado.

Contudo, antes de avançarmos, impõe-se um breve enquadramento terminológico do sujeito que será objeto de estudo nas páginas seguintes. O art. 11.º, n.º 2 CP consagra a responsabilidade penal das “*pessoas coletivas e entidades equiparadas*”, mas, afinal, que entidades se podem considerar englobadas pela expressão?

Primeiramente, é necessário sublinhar que a introdução do conceito “pessoas coletivas” é, nada mais, que uma importação conceitual da esfera do Direito Civil para a esfera do Direito Penal⁸ e que, por isso, este conceito pode (e deve) ser entendido no seu sentido tradicional, enquanto “*colectividades de pessoas ou complexos patrimoniais organizados em vista de um fim comum ou coletivo a que ordenamento jurídico atribui a qualidade de sujeitos de direitos*”⁹. Na sua veste civilística, só será considerada pessoa

⁷ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, 2.ª Edição (Coimbra Editora, 2012), p. 42.

⁸ Tiago Coelho Magalhães, «Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Ente Colectivo em Direito Penal» (Universidade de Coimbra, 2016), p. 21 e ss., cujo raciocínio neste tópico seguimos de perto.

⁹ Definição de Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição (Coimbra Editora, 2005), p. 138 e 141.

coletiva aquela que for atribuída personalidade jurídica (art. 158.º CC) e, consequentemente, capacidade jurídica¹⁰.

O art. 11.º, n.º 2 CP acrescenta, no entanto, que são igualmente puníveis as suas “*entidades equiparadas*”. As quais, pela concretização do art. 11.º, n.º 5 CP, são as sociedades civis e as associações de facto. Esta concretização coloca a descoberto uma diferença fulcral entre o Direito Civil e o Direito Penal na caracterização de pessoas coletivas.

No âmbito civil, uma entidade será equiparada a pessoa coletiva se possuir personalidade jurídica, pois esta é uma qualidade imprescindível para a sua existência. As sociedades civis e associações de facto, por não deterem personalidade jurídica¹¹, não podem ser consideradas pessoas coletivas aos olhos da doutrina civilística. Por esta razão, o legislador ordinário teve o cuidado de explicitar que, “*para efeitos da responsabilidade criminal*” - e apenas para este efeito -, estas podem ser equiparadas a pessoas coletivas e, por isso, são abstratamente suscetíveis de punição.

Por último, deve sublinhar-se que o Estado, as pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, não podem incorrer em responsabilidade penal, por força da ressalva consagrada no art. 11.º, n.º 2 CP¹².

No decurso deste trabalho iremos referir-nos, de forma indiscriminada, a “pessoas coletivas”, bem como a “empresas” e “entes coletivos”, tendo estas referências em vista o conceito global de pessoa coletiva enquanto sujeito jurídico-penalmente relevante. Com a sua utilização, portanto, reportamo-nos às pessoas coletivas no seu sentido tradicional, bem

¹⁰ Rabindranath Capelo de Sousa, *Teoria Geral do Direito Civil* (Coimbra Editora, 2003), p. 261.

¹¹ Alertando para a discutibilidade da questão veja-se Coelho Magalhães, «Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Ente Colectivo em Direito Penal», p. 21.

¹² A Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, veio revogar o n.º 3.º do art. 11.º CP, que excluía da lista de sujeitos penalmente relevantes as pessoas coletivas de direito público, entre as quais constavam as entidades públicas empresariais, as entidades concessionárias de serviços públicos e as restantes pessoas coletivas que exercessem prerrogativas de poder público. Criticamente sobre a exclusão das entidades públicas, Teresa Serra e Pedro Fernández Sánchez, «A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas - da inconstitucionalidade dos n.º 2 e 3 do Artigo 11.º do Código Penal», em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Vol. IV* (Coimbra Editora, 2010), p. 65 e ss. Sublinhando a incoerência que seria punir o Estado, enquanto único titular do poder punitivo, bem como aplicar uma pena de multa a uma pessoa coletiva de direito público, “*pois seria praticamente como obrigá-las a pagar a si mesmas*”, João Castro e Sousa, *As pessoas colectivas em face do direito criminal e dos chamado «direito de mera ordenação social»* (Coimbra Editora, 1985), p. 15, e afastando este argumento como preponderante para afastar a responsabilidade do Estado, Mário Seixas Meireles, «A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007 de 4 de Setembro: algumas notas», *Revista Julgar*, n. 5 (2008), p. 124.

como às sociedades civis e associações de facto, com exclusão do Estado, as pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público.

Tecidas estas considerações introdutórias, é tempo de dar início à análise do problema delimitado.

2. A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS

2.1. Considerações introdutórias

O art. 11.º do CP de 1982, na sua redação originária, dispunha que, “*salvo disposição em contrário*”, apenas as pessoas singulares eram suscetíveis de responsabilidade criminal. Esta cláusula de salvaguarda inicial revela que, já em 1982, o legislador ordinário português antevia e admitia, embora implicitamente¹³, um alargamento do leque de sujeitos passíveis de serem responsabilizados penalmente, embora, àquela data, ainda limitado às pessoas singulares¹⁴.

A dita cláusula foi, desde o primeiro momento¹⁵, utilizada no âmbito do direito penal secundário, responsabilizando-se penalmente os entes coletivos enquanto exceção ao princípio da natureza pessoal da responsabilidade penal. Com a revisão de 2007 do CP, determinada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, a exceção referida manteve-se, mas, agora, por imposição do texto do CP, que passou a prever expressamente a responsabilidade penal dos entes coletivos e, deste modo, os submeteu ao direito penal primário¹⁶ (art. 11.º, n.º 2, CP).

¹³ Neste sentido, Klaus Tiedemann, *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)* (PPU, 1993), p. 232.

¹⁴ Ao contrário do que sucede com o legislador do CP de 1982, que, no Preâmbulo deste diploma dispõe “*a possibilidade de a lei abrir exceções, em casos justificados, no tocante à responsabilidade penal das pessoas colectivas*”, o legislador do CP de 1852 e de 1886 apenas admitiam a responsabilidade penal das pessoas singulares, pois consideravam que apenas estas detinham as qualidades necessárias para serem consideradas criminosas – a “*inteligência*” e a “*liberdade*” (art. 22.º e 26.º dos respetivos Códigos). Maria João Antunes, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal», *Revista Lusitana. Direito*, n. 1 e 2 (2003), p. 359.

¹⁵ Entre nós, assistiu-se à primeira consagração da responsabilidade penal com o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, que consagra o regime penal das infrações antieconómicas e dos delitos contra a saúde pública, seguido do Decreto-Lei n.º 140/95, que consagra o regime jurídico das infrações não aduaneiras. Sobre os antecedentes histórico-legais e os diplomas que seguiram os seus passos, veja-se Jorge dos Reis Bravo, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas* (Coimbra Editora, 2009), p. 255 e ss. Na verdade, o recurso à responsabilidade das pessoas coletivas nas leis penais extravagantes foi tão intenso que se pode considerar o mesmo como a regra no direito penal secundário. Assim, Paulo de Sousa Mendes, «A Responsabilidade de Pessoas Colectivas no âmbito da Criminalidade Informática em Portugal», *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios de Internet* (Universidade Oberta de Catalunya), <http://www.apdi.pt/publicacoes-e-artigos/artigos-2/> (acedido a 3 de julho de 2018), p. 6 e Maria João Antunes, «Responsabilidade criminal das pessoas colectivas e entidades equiparadas - alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro», *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 8 (2006/2007), p. 166, que fundamenta esta regra num discurso político-criminal europeu “*progressivamente mais aberto*” à dita responsabilização.

¹⁶ Assim, Nuno Brandão, «O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal», *Revista do CEJ*, n. 8 (2008), p. 41. Note-se que, apesar de tudo, as pessoas coletivas já respondiam a nível de direito penal primário, por força da Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto) que

Esta elevação dos entes coletivos a sujeitos da discursividade jurídico-penal primária não foi, contudo, uma surpresa para a doutrina¹⁷, pois desde há muito se discutia a admissibilidade da responsabilidade penal das pessoas coletivas e se esgrimiam argumentos a favor e contra a sua consagração. Historicamente, no Direito Penal de raiz continental, sempre se defendeu o princípio *societas delinquere non potest*¹⁸. Porém, a verdade é que, devido a razões de política criminal, muitos países passaram a admitir desvios ao mesmo¹⁹, alargando, paulatinamente, o escopo da punibilidade penal.

Por isso, antes de estudarmos as novidades trazidas pelo legislador de 2007 – em primeiro lugar, o modelo de responsabilidade penal consagrado e, em segundo lugar, as sanções previstas para as pessoas coletivas – importa indagar sobre os motivos que conduziram a esta opção legislativa, mas não esquecendo que os ditos motivos, apesar de partilhados pelos diferentes países, suscitaram, curiosamente, uma diferente tutela jurídica nos diferentes ordenamentos.

2.1.1. O surgimento da responsabilidade penal das pessoas coletivas

O século XXI tem sido marcado pelo aumento exponencial do número e da complexidade organizatória das pessoas coletivas. O incremento do seu peso enquanto atores da vida económica e da vida social²⁰, numa sociedade globalizada e, por isso, comumente caracterizada pelo risco²¹, contribuíram para que o Estado não conseguisse

transpôs a DQ n.º 2002/475/JAI do Conselho de 13 de junho de 2002. Sobre esta, Jorge de Figueiredo Dias e Pedro Caeiro, «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 ao terrorismo», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 135 (2005), p. 70 e ss.

¹⁷ A RPPC, embora possa ser considerada uma novidade nos países europeus, conta com uma longa tradição nos países da *common law*. Na verdade, já em 1886, o *Supreme Court* norte-americano, no caso *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company*, 118 U.S. 394 (1886), afirmava que as pessoas coletivas, pelo menos no âmbito de delitos fiscais, podiam ser tratadas como pessoas “*naturais*” (tradução nossa).

¹⁸ O brocardo oposto (*societas delinquere potest*), considerado atualmente vigente por muitos, nasceu em 1909, pela mão do *Supreme Court* norte-americano, no célebre caso *New York Central v. Hudson River Railroad Company*, 212 U.S. 481, 493 (1909) no qual a empresa foi considerada penalmente responsável por atos perpetrados por agentes dentro do escopo da sua autoridade. Sobre os antecedentes históricos da RPPC, Silvína Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Bosch, 1998), p. 42 e ss.

¹⁹ Assim, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, 2.ª Edição (Coimbra Editora, 2012), p. 297.

²⁰ Na atualidade, os entes coletivos já não são apenas atores económicos. De facto, a sua atuação tem repercussões em áreas para lá da área económica, sendo um exemplo paradigmático o seu impacto no ambiente, bem como, por ex., na vida dos seus trabalhadores.

²¹ Sobre a globalização e a sociedade do risco, veja-se Paulo Silva Fernandes, *Globalização, «Sociedade de Risco» e o Futuro do Direito Penal. Panorâmica de Alguns Problemas Comuns* (Almedina, 2001), p. 35 e ss.; e, em concreto, sobre o direito penal do risco, Jorge de Figueiredo Dias, «O direito penal entre a

garantir uma atuação corporativa conforme ao Direito. De facto, a impotência experienciada pelo Estado face ao cada vez mais consolidado poder corporativo levou a que este primeiro lançasse mão de uma solução última *ratio* – a responsabilidade penal –, procurando controlar os entes coletivos pela via repressiva.

Em nosso ver, são duas as razões nucleares²² que incentivaram o legislador a trilhar este caminho, consagrando a RPPC e justificando-a sob a égide das necessidades da política criminal²³.

A primeira razão, como já deixámos entrever, prende-se com a incapacidade, por parte da máquina estadual, de refrear os abusos cometidos por estes entes e respetivas administrações²⁴, que, em via de regra, não se pautam pelos valores do Direito e detêm uma “*má cultura corporativa*”²⁵.

Este “*défice de eficácia*”²⁶ face à atuação delinquente dos entes é, na verdade, o resultado dos sérios problemas de identificação e consequente imputação de responsabilidade aos membros da pessoa coletiva. A improbabilidade de responsabilização das pessoas singulares responsáveis por factos ilícitos incentiva a prática de crime no seio da pessoa coletiva²⁷, visto que os agentes se sentem protegidos pela capa corporativa. O

“sociedade industrial” e a “sociedade do risco”», em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (Coimbra Editora, 2001), p. 587 e ss.

²² Seguimos de perto Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo* (Iustel, 2008), p. 37 e ss.

²³ Assim, Jorge de Figueiredo Dias, «Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português», em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol I.* (Coimbra Editora, 1998), p. 68; Mário Pedro Seixas Meireles, *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação* (Coimbra Editora, 2006), p. 13 e 23.

²⁴ De forma breve sobre estas práticas, Augusto Silva Dias, «O Direito Penal como Instrumento de Superação da Crise Económico-Financeira: Estado da Discussão e Novas Perspectivas», *Anatomia do Crime*, n. 0 (2014), p. 46 a 51.

²⁵ Esta consiste em “*um conjunto de atitudes, técnicas de realização dos factos criminosos, de argumentos, incluindo terminologia (...) que fomentam e justificam os comportamentos criminosos*”, sendo que “*o contato com os valores do grupo fornece as razões necessárias (...) para deixar atrás os seus escrúpulos e cometer o crime.*” Adán Nieto Martín, *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (Tirant Lo Blanch, 2015), p. 51 e 52 *apud* Anabela Miranda Rodrigues, «Direito penal económico - fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa», *Revista do Ministério Público* 38, n. 151 (2017), p. 21. Os entes coletivos constituem sistemas autopoieticos, fechados, com mecanismos próprios de aprendizagem e valores próprios, o que contribui para a formação de uma atitude criminosa coletiva. Assim, Beatriz de la Gándara Vallejo, «El sujeto del derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatória de las personas jurídicas: derecho vigente y consideraciones de lege ferenda», em *Curso de Derecho Penal Económico*, ed. Enrique Bacigalupo (Marcial Pons, 1998), p. 55.

²⁶ Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 38.

²⁷ Não ignoramos que há lesões provocadas em bens jurídicos que são o resultado da conjunção de uma série de comportamentos lícitos, no seio empresarial, o que torna impossível responsabilizar penalmente um sujeito concreto. Estas situações, nas quais existe um resultado ilícito típico por força da conjunção de uma série de atos lícitos, i. e., aquelas em que cada atuação, por si só, não se subsume a nenhum tipo penal, são, em nosso ver, as únicas em que se afigura legítimo e necessário o recurso à RPPC. Neste sentido, Fernando

Estado viu-se, portanto, obrigado a responsabilizar a estrutura atrás da qual se esconde a pessoa singular, contornando os problemas e dificuldades enunciados e fazendo pagar o “todo” pela “parte”²⁸.

A segunda razão diz respeito à dificuldade a que se assiste no apuramento da responsabilidade individual²⁹ no seio de estruturas hierarquicamente organizadas, com uma complexa rede de distribuição de trabalho, dividida num plano horizontal e vertical, e, ainda, fortemente descentralizadas. Estas características das empresas atuais dificultam consideravelmente o dito apuramento, quer devido a limites dogmáticos substantivos, quer devido a limites processuais vigentes na responsabilidade individual penal³⁰.

São, assim, dois motivos intrinsecamente conectados, numa relação de concausalidade. Numa palavra, parece-nos que a RPPC foi consagrada, em primeiro lugar, devido à reiterada atuação fora do Direito por parte das pessoas coletivas, o que, por sua vez e em segundo lugar, se deve à dificuldade a que se assiste na imputação de responsabilidades dentro destas estruturas complexas.

Porém, mais do que uma necessidade da política criminal, cremos que, na ótica do legislador, a consagração da RPPC se afigurou como útil³¹. Mais do que pretender punir um ente coletivo, o legislador português pretendeu ameaçar o ente com uma punição. A ameaça da possibilidade de instauração de um processo penal constitui uma forma de pressionar os dirigentes empresariais a adotarem uma cultura conforme ao Direito³² no seio da pessoa coletiva que representam e lideram. Os dirigentes, receosos de verem o bom

Torrão, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»* (Almedina, 2010), p. 285 e ss, p. 476, afirma que a RPPC “apenas deve operar nos espaços considerados de irresponsabilidade organizada individual que, não poucas vezes, se geram no contexto organizacional das pessoas coletivas (...)”. O autor afirma, ainda, que fora destes casos, a punição da pessoa coletiva é desnecessária e excessiva, não respeitando o princípio da necessidade penal (art. 18.º, n.º 2 CRP) (ibid, p. 441).

²⁸ No mesmo sentido, Santiago Mir Puig, «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 1, n. 6 (2004), p. 16.

²⁹ Referindo-se a uma “inefectividade quase total do princípio da mera responsabilização individual dos órgãos ou representantes da pessoa coletiva”, veja-se o Ac. n.º 212/95 do TC.

³⁰ O conhecido fenómeno da responsabilidade “top down” – que consiste no deslizamento da responsabilidade penal até aos níveis mais baixos da hierarquia empresarial – enegrece ainda mais o cenário apresentado, pois significa que, não só existe dificuldade em apurar o responsável como, quando este é apurado, existe elevada probabilidade deste “responsável” ser, na realidade, um bode expiatório. Ilude-se, assim, a máquina estadual penal e evita-se a realização da verdadeira justiça.

³¹ Pronunciando-se de forma semelhante, Adán Nieto Martín, «Introducción», em *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance* (Tirant Lo Blanch, 2013), p. 13; Germano Marques da Silva, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes* (Verbo, 2009), p. 122 referindo-se a um “puro utilitarismo”.

³² Em convergência com esta ideia, Miranda Rodrigues, «Direito penal económico - fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa», p. 14.

nome³³ da pessoa coletiva denegrida, sentem-se compelidos a conduzir o ente ao bom porto do Direito, tal como pretende o legislador, e, deste modo, não só evitam a responsabilidade penal do ente, como colmatam a ineficácia de controlo destes sujeitos por parte do Estado³⁴.

Cremos, também, que o legislador sopesou, em parte, os custos e os benefícios³⁵ resultantes das infrutíferas tentativas de apuramento de responsabilidade individual nos entes coletivos e chegou à conclusão que, a este nível, os custos despendidos na investigação não justificavam os resultados obtidos, atentas as dificuldades já referidas de identificação e posterior imputação ao(s) agente(s) do crime. Ao consagrar a RPPC, o legislador não só aumenta a eficiência do sistema penal e a efetividade de proteção de bens

³³ O envolvimento de uma pessoa coletiva num processo penal tem, via de regra, consequências nefastas na sua reputação e, conseqüentemente, no seu posicionamento no mercado. O caso *Arthur Andersen LLP v. United States*, 544 U.S. 696 (2005), do *Supreme Court* norte-americano, é, a este nível, um exemplo paradigmático. Neste caso revelou-se notória a ligação causal entre a condenação da firma de auditoria e a extinção da mesma. Neste sentido, Ved P. Nanda, «Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?», em *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, ed. Mark Pieth e Radha Ivory (Springer, 2011), p. 73. Referir-nos-emos, novamente, a este risco *infra*.

³⁴ No mesmo sentido, Zúñiga Rodríguez, *Bases para um modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, p. 73. É neste âmbito que se enquadram os cada vez mais em voga programas de *compliance*. O objetivo final destes programas consiste em fazer cumprir, por um lado, a lei e, por outro, as diretrizes e regulamentos da empresa, mitigando, deste modo, o risco de incumprimento das normas, funcionando como mecanismos de prevenção de posteriores violações normativas. A *compliance* é uma das soluções encontradas para dar corpo à chamada “autorregulação regulada”, que consiste em transferir funções tradicionalmente consideradas estatais para instituições privadas, concedendo-lhes margem para controlar a sua própria atuação. Apelida-se de autorregulação “regulada” pois, num momento posterior, *ex post facto*, o Estado pode atuar e como que “recuperar” as suas funções estaduais e, por ex., punir a instituição privada. Assim, Lothar Kuhlen, «Compliance y derecho penal en Alemania», em *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014., p. 102 e ss.; Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, «Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica Societas Delinquere Potest)», em *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, ed. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Marcial Pons, 2013), p. 265; Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 59 e ss. Sobre o fundamento e âmbitos da autorregulação no direito penal empresarial, Carlos Gómez-Jara Díez, «La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los compliance programs y la colaboración con la administración de justicia», ed. José María Lidón, *Cuadernos Penales. El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, n. 6 (2008), p. 223 e ss., e favoralmente quanto à autorregulação como forma de prevenir e controlar o crime corporativo, veja-se John Braithwaite, «Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control», *Michigan Law Review* 80 (1982), p. 1466 e ss.

³⁵ Existiu, por conseguinte, e em nosso ver, alguma influência por parte da corrente doutrinal da análise económica do direito, entendida como “a utilização de técnicas como a análise custo-benefício na elaboração de políticas jurídicas e na justificação de decisões judiciais, na abertura do discurso jurídico ao tema das consequências económico-sociais do Direito, ou a consideração da eficiência económica como valor jurídico”, Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del Derecho. Un intento de reconstrucción teórica* (Centro de Estudios Constitucionales, 1994) *apud* Jesús-María Silva Sánchez, «Eficiencia y Derecho Penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1, n. 49 (1996), p. 93 e 94.

jurídicos³⁶, como o faz de forma menos dispendiosa, pois, ao apostar no apuramento da responsabilidade coletiva, aposta, teoricamente, na forma mais certa de punição e, logo, não carece da utilização do mesmo número de recursos.

Simultaneamente, o Estado, ao admitir o desenvolvimento de competências autorregulatórias por parte das organizações empresariais, necessárias para uma navegação do ente de acordo com o Direito, está, por um lado, a aliviar os tribunais, pois os mecanismos de controlo interno ajudam a evitar a prática de um crime e, conseqüentemente, a dispensar a abertura de um inquérito, e, por outro lado, a aliviar os órgãos de polícia criminal, passando parte das investigações a serem conduzidas a nível interno, pelos próprios entes³⁷. A “delegação” de competências em entidades privadas acarreta uma diminuição substancial do volume de trabalho desenvolvido pelo Estado, bem como dos custos associados a este trabalho.

Esta conjunção de fatores levou a que os países europeus, e não apenas Portugal, nas últimas duas décadas³⁸, fossem, de uma forma ou outra, adotando o brocardo *societas delinquere postest*, rompendo com o entendimento tradicional. Esta adoção, embora implicando uma rutura com o paradigma anterior – a saber, a vigência do princípio *societas deliquere non potest* – não implica, contudo, que a matéria seja já pacífica e livre

³⁶ A efetividade a que nos referimos resulta do facto do sistema penal se edificar, agora, em dois pilares distintos – a responsabilidade individual e coletiva. Assim, Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 48, que seguimos de perto.

³⁷ Sobre a questão, Maria João Antunes, «Privatização das Investigações e Compliance Criminal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 28, n. 1 (2018), p. 119 e ss.; Ana Isabel Rosa Pais, «Criminal compliance and the risk of criminal procedure privatization», 2015, disponível em <https://www.obegef.pt/i2fc/2015/DOCS/Pais.pdf> (acedido a 3 de julho de 2018).

³⁸ Com exceção da Holanda, que consagrou a RPPC já em 1952, os países que optaram pela via penal fizeram-no em datas consideravelmente próximas: a França adotou a RPPC em 1994, seguida da Bélgica (1999), da Suíça (2003), da Áustria (2006), de Portugal (2007), de Espanha (2010) e da República Checa (2011). Informação retirada de Klaus Tiedemann, «Corporate Criminal Liability as a Third Track», em *Regulating Corporate Criminal Liability*, ed. Dominik Brodowski et al. (Springer, 2014). Deve sublinhar-se que este movimento foi influenciado, em parte, por pressões da União Europeia, que, nos seus instrumentos normativos, foi introduzindo normas de responsabilidade penal das pessoas coletivas. (Neste sentido, Enrique Bacigalupo, *Compliance y derecho penal* (Aranzadi, 2011) p. 61). É de assinalar a Convenção para a proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, de 26 de Julho de 1995 (95/C 316/03), pois foi o primeiro instrumento europeu que sublinhou a necessidade de punir as condutas criminosas ocorridas no seio das empresas, apesar de apenas propugnar a responsabilidade penal dos dirigentes empresariais e não da pessoa coletiva enquanto tal. Sobre o diploma, Clara Gutiérrez Muñoz, «El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material» (Universitat Autònoma de Barcelona, 2016), p. 32. Para uma identificação de outros instrumentos europeus que pressionaram a consagração da RPPC, veja-se, Leandro Martínez Puertas e Purificación Pujol Capilla, *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa* (Aranzadi, 2015), p. 57 e ss. Em sentido contrário, considerando as pressões europeias como infundadas enquanto justificação da adoção da RPPC, Luis Gracia Martín, «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 5, n. 18 (2016), p. 5 e 6.

de discussão. De facto, pois, se é verdade que a generalidade dos países concorda no que tange à necessidade de controlo da atuação dos entes coletivos, o mesmo já não se verifica quanto à melhor forma de o fazer³⁹. O legislador português, como já sabemos, optou por recorrer ao ordenamento penal, mas falta-nos saber, contudo, qual o modelo de imputação adotado, isto é, averiguar em que moldes foi positivada a responsabilidade dos entes coletivos entre nós.

Esta averiguação releva para o nosso estudo na medida em que, em nosso ver e como iremos ver, o modelo consagrado no ordenamento jurídico-penal português tem reflexos no fim das penas aplicáveis aos entes coletivos, pelo que, no ponto seguinte, iremos analisar as opções vazadas no art. 11.º do Código Penal, enquanto preceito basilar que acolhe a RPPC.

2.1.2. O art. 11.º do Código Penal

O art. 11.º, CP, como já referimos, consagra, entre nós, a RPPC, e é habitualmente apontado como um preceito híbrido, que combina dois distintos e opostos modelos teóricos de imputação^{40 - 41} – o modelo de heterorresponsabilidade e o modelo de

³⁹ Há países europeus que se mantêm afastados da RPPC, mas que consagram a sua responsabilidade administrativa. O legislador italiano, com o Decreto-Lei 231, de 9 de junho de 2001 (*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*), consagrou uma responsabilidade considerada um *tertium genus* administrativo e penal, pois se, por um lado, o seu *nomem iuris* é administrativo e recorre ao arsenal sancionatório administrativo, por outro lado, permite o recurso às disposições do Código de Processo Penal, na medida da sua compatibilidade (art. 34.º do referido Decreto). Sobre o diploma, Sergio Seminara, «Compliance y derecho Penal: la experiencia italiana», em *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (Editorial B de F, 2014), p. 127 a 136. Também o ordenamento jurídico penal alemão se mantêm à margem da RPPC, optando por sancionar os entes coletivos pela via contraordenacional (pela *Ordnungswidrigkeitgesetz*). A Comissão de Reforma do Sistema Penal de Sanções, criada em 1998, justificou, na altura, esta opção com os argumentos de que a consagração de uma pena de uma pessoa coletiva abriria caminho para “*outro Direito Penal*”, com “*consequências de todo incertas para a sua estrutura geral e para a prática da persecução penal*”. Por este motivo, em 2000, a referida Comissão apenas recomendou complementos às contraordenações já existentes. (Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, p. 109). Hoje, o responsabilidade dos entes coletivos encontra-se tripartida pelo §9, §30 e §130 OWiG, sendo a peça central o §30, que prevê a possibilidade de aplicação de uma sanção pecuniária ao ente coletivo, uma sanção direta, autónoma e independente da culpa do ente. Para uma análise do regime, Rogall Klaus, «Country report: Germany», em *European Developments in Corporate Criminal Liability*, ed. James Gobert e Ana-Maria Pascal (Routledge, 2011), p. 334 a 342.

⁴⁰ Neste sentido, Nuno Brandão, «Compliance e responsabilidade penal da pessoa coletiva», em *II Curso de Especialização em Compliance e Direito Penal*, ed. Instituto de Direito Penal e Económico (Coimbra, 2016)., e, considerando que a solução portuguesa alberga o melhor dos dois modelos, Nuno Brandão e Solange Jesus, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El caso portugués», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 28 (2014), p. 129.

autorresponsabilidade. Por motivos que irão decorrer da análise do preceito, parece-nos que o art. 11.º, n.º 2 resvala para uma solução de heterorresponsabilidade.

O modelo de heterorresponsabilidade e de autorresponsabilidade são as duas principais propostas doutrinárias que visam solucionar o problema da imputação do facto ilícito típico à pessoa coletiva, não obstante a existência de variações dentro de cada um destes modelos. Em traços largos, o modelo de heterorresponsabilidade, também conhecido por modelo de responsabilidade indireta, faz depender a imputação do facto à pessoa coletiva da prática de um facto ilícito típico por uma pessoa singular determinada⁴². A pessoa singular capaz de originar a RPPC será aquela que é considerada a voz e o corpo da pessoa coletiva e que, bem assim, representa a vontade coletiva⁴³. Em regra, estas serão as pessoas singulares consideradas dirigentes do ente coletivo, na lógica do *respondeat superior*, sendo por referência à ação e à culpa destes sujeitos que é determinada a ação e a

⁴¹ Foram seguidos os passos dados pelo legislador penal francês que, à semelhança do que aconteceu entre nós, optou por incluir uma cláusula de punibilidade de entes coletivos no art. 121-2 do Código Penal Francês (alterado pela Lei n.º 2004-204, de 9 de março de 2004 – art. 54.º JORF de 10 de março de 2004, que entrou em vigor a 31 de dezembro de 2015). No ordenamento francês, porém, ao contrário do que acontece no ordenamento português, foi adotada uma cláusula de punibilidade geral, praticamente irrestrita, segundo a qual os entes coletivos apenas não serão suscetíveis de responsabilidade penal face a tipos legais que, pela natureza das coisas, não lhe possam ser imputados. Sobre o regime francês, veja-se, a título de exemplo, Maiténa Poelemans, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso francés», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, n. 28 (2014). p. 113 e ss., e Katrin Deckert, «Corporate Criminal Liability in France», em *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, ed. Mark Pieth e Radha Ivory (Springer, 2011), p. 147.

⁴² Insere-se nesta corrente a chamada responsabilidade vicarial (seguida no mítico caso *New York Central v. H. R. R. R.*, referido *supra*) e a teoria do “alter-ego” (seguida no caso *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass* (1971), UKHL 1, de 31 de março, pela *House of Lords* inglesa). Em traços largos, a teoria do “alter-ego” responsabiliza a pessoa coletiva por factos que sejam cometidos em seu nome ou no seu interesse por um órgão ou administrador no exercício das suas funções (i. e., por quem se encontre formalmente investido para atuar em seu nome). A responsabilidade vicarial, por seu turno, permite que a pessoa coletiva seja responsabilizada não só pelos seus órgãos ou administradores, mas, também, quando o facto seja praticado por pessoas colocadas num plano hierarquicamente inferior, como por ex., os trabalhadores. Esta teoria aumenta exponencialmente a possibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa coletiva, pois esta é vista como responsável quer pelo comportamento dos dirigentes como dos subordinados. Assim, para uma distinção sucinta e clara destas teorias, Inês Fernandes Godinho, *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico* (Coimbra Editora, 2007), p. 110 e ss.

⁴³ Bernardo Feijoo Sánchez, «Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27 (1999), p. 33 chama atenção para a circunstância de este modelo, devido à sua dependência inultrapassável face à identificação da pessoa singular, deixar por punir os casos em que não é possível identificar as pessoas singulares, pelo facto da RPPC estar dependente desta. Na nossa perspetiva, o problema agrava-se face a entes coletivos de maior dimensão, nos quais é mais difícil desenhar com certeza uma pirâmide funcional e, assim, identificar as pessoas singulares responsáveis por certa situação. Para evitar este problema, para desencadear a RPPC, o ordenamento jurídico finlandês apenas exige a demonstração de que o facto poderia ter sido praticado por um membro do ente coletivo. Assim, e crítico quanto a esta opção, considerando-a uma mera presunção, Tiago Coelho Magalhães, «Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em direito penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 25 (2015), p.171.

culpa da pessoa coletiva ⁴⁴. No extremo oposto, encontra-se o modelo de autorresponsabilidade que prescinde da intermediação de pessoas singulares, sendo a imputação realizada de forma direta ao ente coletivo. Existe “*conformidade entre o facto ilícito típico e as rotinas próprias e a organização interna da pessoa coletiva, nela radicando o juízo de culpabilidade*”⁴⁵.

Atentando no caso português, o art. 11.º, n.º 2 CP dispõe que os crimes serão imputados à pessoa coletiva quando sejam cometidos por quem nelas ocupe uma posição de liderança, desde que o cometam em nome da pessoa coletiva e no interesse coletivo (al. a), do n.º 2 do art. 11.º CP), ou quando o crime seja praticado por quem aja sob a autoridade de quem ocupa uma posição de liderança, devido a uma violação do deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem (al. b) do n.º 2 do art. 11.º CP).

Observando este número e as suas alíneas, podemos constatar que existe sempre uma “*conexão entre o comportamento do agente – pessoa singular – e o ente colectivo*”⁴⁶, pois, o legislador português, apesar de considerar o facto como sendo próprio da pessoa coletiva, não se desliga do substrato humano que compõe a mesma. Para que o facto seja imputado à pessoa coletiva, por força da incapacidade de ação e de culpa desta, a pessoa singular tem de atuar na sua vez.

Quanto à pessoa singular, peça central do nosso modelo de imputação do facto à pessoa coletiva, o CP exige, para que a RPPC seja desencadeada, que estejam em causa os atos de sujeitos que ocupam uma posição de liderança. Nos termos do art. 11.º, n.º 4 do CP, estão em posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa coletiva e aqueles que detiverem autoridade para exercer o controlo da atividade desta⁴⁷⁻⁴⁸. Assim, parece que a

⁴⁴ Considerando que este modelo opera uma transferência do facto e da culpa da pessoa singular para a pessoa coletiva, Teresa Quintela de Brito, «Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contraordenacional e penal de entes colectivos», em *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, ed. Maria Fernanda Palma (Almedina, 2014), p. 147.

⁴⁵ Coelho Magalhães, «Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em direito penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo», p. 183; Jorge dos Reis Bravo, «Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (Elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos)», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 13 (2003), p. 220. Existem inúmeras propostas de modelos de autorresponsabilidade da pessoa coletiva, pelo que nos vamos bastar com a indicação deste traço comum. Não obstante, iremos referir algumas das propostas *infra*.

⁴⁶ «Relatório preambular do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, n.º 8», 1984. O art. 3.º, n.º 1 do DL n.º 28/84 consagra a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, sociedades e mera associações de facto, pelas infrações previstas no diploma referido, quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no seu interesse coletivo, dispondo uma letra semelhante à do art. 11.º, n.º 2 CP.

⁴⁷ O último segmento pretende incluir os administradores de facto e as pessoas que detêm poderes de gestão em estruturas “*com autonomia organizativa, em relação ao corpo principal da pessoa coletiva*”, como por

“responsabilidade criminal de entes colectivos corresponde à responsabilidade do “dono do negócio”, ou seja, do titular da organização”, pois, detendo estes sujeitos um peso predominante na formação de vontade da pessoa coletiva, “só eles podem vincular a coletividade ao facto penal”⁴⁹.

Esta exigência de intervenção humana faz com que o nosso sistema seja mais próximo do modelo de heterorresponsabilidade, mesmo considerando os laivos de (quase) autorresponsabilidade existentes na alínea b) do art. 11.º, n.º 2, CP, como iremos ver após a análise de cada uma das alíneas deste número.

No que toca à alínea a) do art. 11.º, n.º 2 CP, se o facto em questão for imputado aos *“órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade”* (art. 11.º, n.º 4 CP), este facto considera-se, de igual modo, como sendo um facto da pessoa coletiva⁵⁰, desde que o facto haja sido praticado em nome e no interesse da pessoa coletiva.

O facto considera-se praticado em nome da sociedade quando o agente *“atue formalmente no exercício das suas funções”* e *“no âmbito da sua competência”* e quando o facto revele *“ser um ato da sociedade, praticado por causa da sociedade”* e que *“exista entre o ato e a função (do agente) uma conexão adequada”*. Por sua vez, será considerado no interesse da sociedade o facto praticado *“em ordem à organização, ao funcionamento ou à realização dos fins da sociedade, mesmo que desse(s) facto(s) não resulte para a*

ex., uma sucursal. Brandão e Jesus, «Responsabilidade penal de las personas jurídicas. El caso portugués», p. 129, e, ainda, o Ac. n.º 395/2003 do TC.

⁴⁸ Deve sublinhar-se que o controlo exercido pelo sujeito em posição de liderança não tem de, necessariamente, abranger toda a pessoa coletiva, isto é, não tem que ser responsável por toda a atividade desenvolvida por esta, podendo ser um sujeito que detém apenas o controlo de determinada secção da pessoa coletiva e, por isso, só lidera e controla parte da atividade coletiva desenvolvida. Assim, Teresa Quintela de Brito, «Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual», em *Direito penal económico e financeiro: conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, ed. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, e Paulo de Sousa Mendes (Coimbra Editora, 2012), p. 204 e ss. Em sentido contrário, Teresa Serra, «Actuação em nome de outrem no âmbito empresarial, em especial no exercício de funções parciais», em *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (Coimbra Editora, 2003), p. 610 e ss., considerando que o sujeito deve ter controlo total.

⁴⁹ Teresa Quintela de Brito, «Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Algumas Questões em Torno da Interpretação do art. 11.º do Código Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 20, n. 1 (2010), p. 55.

⁵⁰ Seguimos de perto Marques da Silva, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 255. O art. 11.º, n.º 6 CP, ao dispor que, *“a responsabilidade das pessoas coletivas e equiparadas é excluída quando o agente tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito”* parece que, implicitamente, consagra uma presunção de responsabilidade penal da pessoa coletiva. Este número faz com que a exclusão da RPPC esteja dependente da prova da existência de ordens ou instruções expressas em sentido contrário, pelo que faz o ónus impender sobre quem de direito da pessoa coletiva, e, não sendo possível produzir prova nesse sentido, presume-se a responsabilidade da pessoa coletiva, que não vê a sua responsabilidade excluída.

sociedade qualquer proveito financeiro ou até acarrete dano”⁵¹⁻⁵². Estes dois requisitos materiais afiguram-se imprescindíveis, visto que são estes que, na perspetiva do legislador, permitem considerar o facto como expressão de uma vontade própria da pessoa coletiva⁵³ e não como resultante da vontade própria do órgão ou representante.

Quanto a nós, esta perspetiva do legislador deixa uma questão por responder: como pode a verificação destes dois pressupostos ser considerada um sinónimo de existência de responsabilidade da pessoa coletiva, “*obnubilando-se o comportamento e a conseqüente responsabilização de quem verdadeiramente atuou (ilicitamente) no interesse e em nome coletivo*”⁵⁴?

A alínea b) do art. 11.º, n.º 2 CP, parece, a uma primeira leitura, diferir substancialmente da alínea descrita acima. Diferentes vozes na doutrina consideram que, no preceito ao qual dedicamos agora a nossa atenção, sob a capa da *culpa in vigilando*, encontramos, na verdade, o requisito da culpa por defeito de organização por parte da pessoa coletiva⁵⁵, traduzida na ausência de supervisão da pessoa singular que cometeu o

⁵¹ Ibid, p. 259 a 261.

⁵² Atentando, um pouco, no panorama internacional, constatamos que estes requisitos são também utilizados em outros ordenamentos que consagram a RPPC, embora com ligeiras diferenças. O legislador espanhol, por ex., consagrou uma relação de alternatividade entre estes dois requisitos (“em nome ou por conta”, art. 31.º bis, n.º 1, al. a)) e acrescentou um terceiro requisito – o benefício direto ou indireto da pessoa coletiva, que o *Tribunal Supremo* espanhol, na Sentença n.º 154/2016 de 29 de fevereiro, densificou como sendo “*qualquer tipo de vantagem, incluindo a simples expectativa ou referida a aspectos como a melhoria de posição em relação à concorrência, etc., proveitosa para o lucro ou para a mera subsistência da pessoa coletiva*” (Fundamento de Direito 13.º) (tradução nossa). No ordenamento jurídico francês basta que o facto seja cometido “por conta” (art. 121-1, parágrafo 1.º) da pessoa coletiva, lido pela doutrina como uma exigência de “benefício direto e indireto” desta. O regime francês, no entanto, difere substancialmente do modelo português e espanhol, dado que, apesar de estarmos perante modelos de heteroresponsabilidade, para o primeiro, apenas relevam os atos levados a cabo pelos órgãos ou representantes da pessoa coletiva – seguindo-se a teoria da identificação restrita –, ao passo que nos modelos consagrados no ordenamento jurídico português e espanhol é possível responsabilizar a pessoa coletiva por factos cometidos por sujeitos situados em qualquer nível da hierarquia empresarial, desde que ocorram devido a uma falha dos deveres de controlo e vigilância por quem ocupa uma posição de liderança (art. 11.º, n.º 2, b) e art. 31.º bis, n.º 1, al. b), respetivamente) – seguindo-se, em grande medida, o modelo vicarial.

⁵³ Nas palavras de José de Faria Costa, «A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)», em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol I.* (Coimbra Editora, 1998), “*A pessoa coletiva funda-se e encontra a sua razão de ser em uma relação interna com o “outro”. Neste sentido, só pelo “outro” (...) a pessoa coletiva ascende à discursividade jurídico-penalmente relevante.*”, p. 516.

⁵⁴ Certeiramente, Fernando Torrão, «O paradigma liberal na era do (pós-moderno) “direito penal do risco”. *Societas delinquere potest?*» (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008), p. 428.

⁵⁵ Assim, FIGUEIREDO DIAS considera a violação de deveres de vigilância como uma falha de organização por omissão de mecanismos “*normativos institucionais, de natureza genérica, destinados a evitar a prática de crimes pelos vigiados*”. (Assim, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Ed. (Universidade Católica, 2015), p. 139). No mesmo sentido, também, Torrão, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa*», p. 468; Vincenzo Mongillo, «The Nature of Corporate Liability for Criminal Offences: Theoretical Models and EU Member State Laws», em

crime. Esta alínea teria em vista a proposta da culpa pela deficiente organização de KLAUS TIEDEMANN, como que pretendendo semear uma ideia de culpa própria da pessoa coletiva que, no futuro, germinasse.

Contudo, a proposta de TIEDEMANN, embora tenha sido fundamental no desbravamento, pela doutrina penal, de um caminho necessário em direção de um modelo de autorresponsabilidade, situa-se, ainda, na “*no man’s land*”⁵⁶, entre a hetero e autorresponsabilidade.

Na sua proposta, o autor avançou com o conceito da “culpa pela organização”, enquanto culpa autónoma da pessoa coletiva, na qual, em termos sucintos, TIEDEMANN reorienta o conteúdo material da culpa. Ao invés de propugnar uma culpa no sentido dogmático tradicional, orientada por considerações éticas, passa a orientar o juízo de censura por considerações sociais, considerações estas que permitem censurar juridico-penalmente o modelo de organização adotado pela pessoa coletiva⁵⁷.

O conceito de culpa pela organização estabelece uma relação entre as infrações cometidas pelas pessoas físicas e a pessoa coletiva, considerando-se que as referidas infrações apenas foram levadas a cabo devido a uma deficiência organizativa da pessoa coletiva. Se não fosse por esta deficiência, a infração já não ocorreria⁵⁸. A pessoa coletiva, enquanto sujeito de Direito, deveria ter assegurado que a sua organização desenvolvia uma conduta conforme ao Direito, prevenindo a prática de delitos no seu contexto⁵⁹, e, não existindo este “cuidado” por parte da pessoa coletiva, estamos perante uma omissão jurídico-penalmente relevante potenciadora da prática de crimes.

Todavia, e apesar desta construção autónoma de culpa da pessoa coletiva, a proposta de KLAUS TIEDEMANN não se confunde com uma proposta de autorresponsabilidade. Ao longo da sua proposta, o autor é incapaz, em qualquer momento, de dispensar a pessoa singular, física, estando a imputação do facto à pessoa coletiva dependente quer da sua ação – que uma pessoa singular cometa uma infração no contexto

Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union, ed. Antonio Fiorella, vol. II (Jovene Editore, 2012), p. 110.

⁵⁶ Expressão utilizada por Coelho Magalhães, «Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em direito penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo», p. 179.

⁵⁷ Carlos Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa* (Marcial Pons, 2005), p. 151 e ss.; Reis Bravo, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, p. 124.

⁵⁸ Em sentido semelhante, Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 151.

⁵⁹ Assim, Klaus Tiedemann, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas en Derecho Comparado», *Revista Brasileira de Ciências Criminas* 3, n. 11 (1995), p. 31.

da pessoa coletiva –, quer da sua omissão – pois uma “organização deficiente” será sempre o resultado da ação de uma (ou várias) pessoa(s) singular(es)⁶⁰.

Vislumbram-se, assim, diferenças entre as duas alíneas em análise, uma vez que enquanto, que na alínea a) a culpa revelada na prática de um facto ilícito típico por quem ocupa uma posição de liderança e atua no nome e interesse da pessoa coletiva, se mostra apta a constituir, também, a culpa da própria pessoa coletiva, na alínea b), o legislador parece pretender abrir portas à consagração de uma culpa por defeito de organização⁶¹, na linha da proposta dogmática de KLAUS TIEDEMANN.

Em nosso ver, o art. 11.º, n.º 2, b) do CP não pode, de modo algum, ser interpretado como consagrando o modelo de autorresponsabilidade para as situações que alberga na sua letra, constituindo, no máximo, uma porta semi-aberta para uma futura consagração deste modelo. Justificamos esta afirmação com o facto de que, mesmo aqui, a norma não se desligar do substrato humano que compõe a pessoa coletiva, sendo a responsabilidade desencadeada apenas quando os “*órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade*” (art. 11.º, n.º 4 CP) não cumprirem os seus deveres de vigilância e controlo⁶², incrementando o risco de prática de crime por parte dos subordinados.

Devido às limitações inerentes à proposta de TIEDEMANN, e para evitar interpretações contrárias tanto à letra do artigo, como da vontade expressa na proposta de lei⁶³, devem entender-se como imputáveis às pessoas coletivas os factos “*cometidos pelo agente subordinado que um líder prudente e diligente teria evitado ou poderia ter*

⁶⁰ Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 5.ª Ed. (Tirant Lo Blanch, 2016), p. 610 e 611; Santiago Mir Puig, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad», em *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (Editorial B de F, 2014), p. 4; e, afirmando que esta alínea, “*ao exigir uma violação dos deveres de vigilância e controlo por parte de quem ocupe uma posição de liderança na pessoa coletiva como pressuposto da responsabilidade penal desta, o preceito acaba por impor, afinal, uma culpa dos dirigentes em relação aos actos, típicos e ilícitos dos funcionários*”, Torrão, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*, p. 467.

⁶¹ Torrão, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*, p. 463 e 468.

⁶² Jorge de Figueiredo Dias, «O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 22, n. 3 (2012), p. 537, e Brandão, «Compliance e responsabilidade penal da pessoa coletiva».

⁶³ Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 129.

evitado”, devendo existir, sempre, “a possibilidade fática do dirigente controlar a ação do subordinado e tomar medidas contrárias ao cometimento do crime”⁶⁴⁻⁶⁵.

Em síntese, o critério de imputação contido na al. b) do art. 11.º, n.º 2 do CP “reside no cometimento da infração criminal em nome e no interesse da pessoa coletiva”⁶⁶ por qualquer pessoa singular que ocupe uma posição subordinada na pessoa colectiva ou equiparada e o cometimento do crime se tenha tornado possível em virtude de uma violação pelas pessoas que ocupam uma posição de liderança dos seus deveres de controlo e supervisão sobre os respectivos subordinados”⁶⁷. A pessoa coletiva será penalmente responsabilizada se quem tinha o dever de evitar a prática de um crime não o fez, violando os seus deveres de vigilância e de controlo. Parece-nos, por isso, que o fator de conexão relevante que permite responsabilizar penalmente a pessoa coletiva reside nesta

⁶⁴ Ibid, p. 138.

⁶⁵ Assim, Quintela de Brito, «Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Algumas Questões em Torno da Interpretação do art. 11.º do Código Penal», p. 58. A autora, seguindo AUGUSTO SILVA DIAS, considera a culpa *in vigilando* como uma categoria estranha à estrutura da responsabilidade criminal, distinta do domínio da realização do facto típico, “sem o qual inexistente a autoria.” Por isso, a alínea deve ser lida “no sentido da consagração do domínio da organização para a execução do facto, como critério de autoria do dirigente do sector em que o crime ocorreu”. De forma semelhante, considerando a infração de um dever de organização como insuficiente para atribuir responsabilidade penal, Ricardo Robles Planas, «Crimes de pessoas colectivas?: a propósito da lei austríaca sobre a responsabilidade dos agrupamentos pela prática de crimes», *Revista Lusíada. Direito*, n. 2/5 (2007), p. 475.

⁶⁶ Apesar de a letra do preceito nada referir quanto aos pressupostos “em nome” e “por conta” da pessoa coletiva, ao contrário do verificado na alínea a), a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X, de 7 de setembro (que gerou a Lei n.º 59/2007) indica que a responsabilidade penal da pessoa coletiva depende sempre do crime ser cometido em nome e no interesse dessa. Denota-se, aqui, alguma imprudência por parte do legislador que, à semelhança da alínea a), deveria ter incluído os dois pressupostos referidos. A doutrina e a jurisprudência tem, na sua interpretação, incluindo estes dois pressupostos, colmatando as insuficiências do mesmo. Neste sentido, a título de exemplo, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. p. 136; M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio, *Código Penal. Parte geral e especial* (Almedina, 2014), p. 95

⁶⁷ Ac. de 26/01/2011, Proc. 357/03.1GBMCN.P1.S1, do STJ.

violação de deveres de garante por quem se encontra em posição de liderança⁶⁸, que é responsabilizada pela omissão de vigilância das suas atividades⁶⁹.

Não se encontra prevista, portanto, nenhuma situação em que o ente coletivo seja responsável por si só, isto é, sem que o ato tenha qualquer ligação com o sujeito em posição de liderança. Por isso, parece que, na verdade, não se pode falar em responsabilidade por facto e culpa próprios da pessoa coletiva, mas apenas numa responsabilidade penal atribuída que nasce na pessoa individual e física⁷⁰⁻⁷¹.

Com esta (breve) excursão pelo art. 11.º do CP pretendemos demonstrar que, o nosso legislador, ao consagrar a responsabilidade penal das pessoas coletivas, na verdade tinha em vista os atos praticados pelos “*órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade*”, sem os quais a pessoa coletiva nunca incorreria em responsabilidade penal⁷². Esta intenção implícita vai de encontro às justificações que suportaram a emergência da RPPC, mormente as sérias

⁶⁸ Neste sentido, Quintela de Brito, «Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual», p. 206 e 207 que afirma, aliás, que não haverá lugar a RPPC se, apesar de ser possível identificar o subordinado que praticou o crime, não for possível imputá-lo ao sujeito em posição de liderança. Algo mais destemidamente, a autora defende, ainda, que a identificação do subordinado, para efeitos de RPPC, é irrelevante, bastando apenas a imputação, por violação de deveres de vigilância e controlo, ao dirigente do sector de atividade. Aqui, apresenta-se de extrema pertinência a observação de Zúñiga Rodriguez, *Bases para um modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, p. 100 que alerta para a transformação do Direito Penal do bem jurídico num Direito fundamentado numa infração de um dever, orientador de condutas, por força de uma flexibilização (excessiva) das categorias dogmáticas penais de modo a fazer face às novas formas de criminalidade. Repisando a mesma posição, Laura Zúñiga Rodriguez, «La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, un Punto y Seguido», p. 9 e 10, disponível em <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/10/zuniga10.pdf> (acedido a 30 de Maio, agora indisponível)

⁶⁹ Germano Marques da Silva, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro», *Revista do CEJ*, n. 8 (2008), p. 78, vai um pouco mais longe na sua interpretação e considera que a omissão da função é reveladora de uma má estrutura na empresa.

⁷⁰ Em sentido próximo, Teresa Serra, «Establishing a Basis for Criminal Responsibility of Collective Entities», em *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities. International Colloquium*, ed. Albin Eser, Günter Heine, e Barbara Huber (Max Planck Institute, 1999), p. 213. Na jurisprudência veja-se, por ex., o Ac. de 09/10/2017, Proc. 23/14.2GCVPA.G1, do TRG, no qual a pessoa coletiva recorrente foi absolvida porque (i) o crime em causa não foi cometido por quem ocupe uma posição de liderança na mesma e (ii) porque não ficou provado que o arguido, trabalhador subordinado, praticou o crime em virtude de uma violação de deveres de controlo e supervisão da pessoa em posição de liderança.

⁷¹ Todavia, o art. 11.º, n.º 7 CP dispõe que a RPPC é independente e autónoma perante a responsabilidade individual dos agentes, pretendendo, através deste número, evitar uma flagrante violação do princípio *ne bis in idem*...

⁷² De forma semelhante, em relação ao art. 31.º *bis* do CP espanhol, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª Ed. (Editorial Reppertor, 2016), p. 839 a 843. De notar, ainda, que os casos a que nos reportámos *supra*, face aos critérios de imputação constantes no art. 11.º, n.º 2 CP, ficam sem solução e, paradoxalmente, são os casos que mais carecem de uma. Assim, referindo-se ao art. 7.º RGIT, Sopa de Melo Bandeira, «Responsabilidade» Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos. *À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Civis sob a Forma Comercial*, p. 426.

dificuldades de apuramento de responsabilidade individual no seio empresarial, agravadas quando estão em causa os corpos dirigentes.

Apuradas as intenções do legislador aquando da Reforma de 2007, é tempo de identificar as sanções penais previstas para as pessoas coletivas para, de seguida, entrar no tema central do nosso trabalho: averiguar se as sanções penais previstas para a pessoa coletiva perseguem as mesmas finalidades que as penas aplicáveis a uma pessoa singular, sem nunca perder de vista o modelo edificado no art. 11.º CP.

2.1.3. As penas principais aplicáveis às pessoas coletivas

O aditamento realizado ao art. 11.º CP foi acompanhado pela criação de uma disciplina autónoma das consequências jurídicas que advêm da prática de um crime pela pessoa coletiva (art. 90.º-A a 90.º-M, CP). Este regime, na esteira do previsto para as pessoas singulares, prevê três categorias de penas aplicáveis às pessoas coletivas – as principais, as acessórias e as de substituição –, às quais se recorre no caso da prática dos crimes indicados no art. 11.º, n.º 2 CP e, ainda, por força dos art. 4.º a 7.º da Lei n.º 59/2007, pela prática dos crimes constantes na Legislação de Combate à Droga (DL n.º 15/93, de 22 de janeiro), na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, relativa à procriação medicamente assistida, na Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, relativa ao combate ao terrorismo, no Código do Trabalho⁷³, e, por último, na Lei n.º 5/2006, que consagra o regime jurídico das armas e das munições⁷⁴. Iremos limitar a nossa análise às penas principais, deixando de fora tanto a análise das penas acessórias como das penas de substituição.

As penas principais são aquelas que “*encontrando-se expressamente previstas para sancionamento dos tipos de crime, podem ser fixadas pelo juiz na sentença independentemente de quaisquer outras*”⁷⁵. Ao contrário do que sucede com as penas

⁷³ Vide art. 546.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, alterado pela última vez pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março.

⁷⁴ Brandão, «O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal», p. 42, que vamos seguir de perto neste ponto do trabalho. O autor sublinha ainda que, apesar de tudo, há domínios que mantêm uma regulação autónoma da prevista nos art. 90.º-A e ss., CP como por ex., o DL n.º 28/84 (relativo às infrações contra a economia e contra a saúde pública) e o Regime Geral das Infrações Tributárias (Lei n.º 15/2001, de 5 de junho). Sobre estes regimes, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 406.

⁷⁵ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime* (Coimbra Editora, 1993), p. 89 e 90.

principais previstas para as pessoas singulares, que, como referimos, vêm tipificadas em cada tipo legal de crime, as penas principais aplicáveis às pessoas coletivas resultam do art. 90.º-A, n.º 1 CP, que funciona como uma cláusula geral. Este número dispõe que “*pelos crimes previstos no n.º 2 do art. 11.º, são aplicáveis às pessoas coletivas e entidades equiparadas as penas principais de multa ou de dissolução*”.

A pena de multa é uma pena pecuniária que desempenha, nos dias de hoje, um papel de extrema importância na política criminal. Longe vão os dias em que esta era considerada uma pena marginal ou um mero direito de crédito do Estado contra o condenado, afirmando-se, na atualidade, como uma autêntica pena criminal, de caráter pessoalíssimo⁷⁶.

Embora não seja uma pena específica das pessoas coletivas, a pena de multa constitui a sua pena por excelência⁷⁷. Estando previstas, enquanto penas principais das pessoas singulares, a pena de prisão e a pena de multa, o legislador abriu mão da pena de prisão, devido à impossibilidade fática de execução da mesma face a uma pessoa coletiva⁷⁸, e manteve a pena de multa enquanto pena principal.

Os limites e os critérios de determinação da pena de multa encontram-se consagrados no art. 90.º-B, CP, segundo o qual a pena deve ser determinada recorrendo ao sistema dos dias de multa⁷⁹. De acordo com este sistema, para determinar a pena de multa, é necessário levar a cabo duas operações distintas e sucessivas. Na primeira operação deve determinar-se o número dos dias de multa, sendo este número fixado em função dos critérios gerais de determinação da pena – os critérios da culpa e a prevenção (art. 90.º-B, n.º 4 e art. 71.º, n.º 1 CP). Aqui, primeiramente, determina-se a moldura legal abstrata, seguida da determinação da medida concreta da pena. A segunda operação, por sua vez,

⁷⁶ Voltaremos a este ponto *infra*.

⁷⁷ Günter Heine, «Sanctions in the field of corporate criminal liability», em *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities. International Colloquium*, ed. Albin Eser, Günter Heine, e Barbara Huber (Max Planck Institute, 1999), p. 237 e ss.; Jorge de Figueiredo Dias, «Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico», em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol I.* (Coimbra Editora, 1998), p. 384. Esta opção primordial pela pena de multa face a outras sanções penais encontra-se generalizada nos países que preveem a RPPC. Curiosamente, no IV Congresso Internacional de Direito Penal Económico, realizado em outubro de 1953 em Bucareste, considerou-se que as penas de interdição de exercício profissional, de confiscação especial e da publicação da sentença seriam penas preferíveis à pena de multa.

⁷⁸ Antunes, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal», p. 260, refere que, seguindo o pensamento analógico de Figueiredo Dias, será necessário compensar esta impossibilidade com outras sanções.

⁷⁹ Ao contrário do que se verifica em Espanha, onde a pena de multa aplicável às pessoas coletivas é determinada tanto pelo sistema dias-multa (art. 50 CP espanhol) como segundo o sistema da pena de multa proporcional (art. 52.4 CP espanhol).

pretende fixar o quantitativo diário da pena de multa, operação que deve ser realizada em função da situação económica do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores (art. 90.º, n.º 5 e art. 47.º, n.º 3 a 5 CP)⁸⁰.

Na primeira operação referida existem dois pontos que, pela pertinência face ao problema que nos propomos tratar, devem ser destacados. O primeiro ponto prende-se com a determinação da moldura legal abstrata e o segundo com a determinação da medida concreta da pena de multa.

No que tange à determinação da moldura legal abstrata, quando o tipo legal de crime apenas prevê como aplicável a pena de prisão⁸¹, o art. 90.º -B, n.º 1 e 2 do CP soluciona o problema mediante a consagração de uma regra de cálculo baseada na conversão dos dias de prisão previstos para as pessoas singulares em dias de multa. Segundo esta regra, um mês de prisão aplicável a uma pessoa singular é equiparável a 10 dias de multa aplicável a uma pessoa coletiva (art. 90.º -B, n.º 2 do CP).

Esta consagração consiste em nada mais do que na cópia da regra seguida aquando da tipificação alternativa das penas de prisão e penas de multa num tipo legal de crime redigido a pensar na pessoa singular: em regra, cada mês de prisão corresponde a 10 dias de multa⁸².

Posto isto, parece-nos duvidosa esta transposição direta de uma regra de conversão que foi, na verdade, pensada para as penas principais do mesmo sujeito, ignorando – talvez propositadamente – que a moldura legal abstrata em causa vai ver aplicada a um sujeito materialmente distinto⁸³.

Se, por um lado, o legislador português merece ser aplaudido pela forma clara e inequívoca com que consagra esta regra de determinação da moldura legal abstrata, não deixando espaços para dúvidas ao intérprete do Direito, por outro lado, parece-nos que peca ao não avançar com uma fundamentação para a sua escolha, que, como dissemos, afigura-se-nos duvidosa, especialmente porque carente de fundamentação.

⁸⁰ Maria João Antunes, *Consequências Jurídicas do Crime* (Coimbra Editora, 2013), p. 45 e ss.

⁸¹ Se o tipo legal de crime prevê a aplicação da pena de multa, esses limites serão diretamente aplicáveis à pessoa coletiva. Não iremos analisar este critério de equiparação da pena de multa da pessoa singular à pessoa coletiva pois estamos em crer que a regra da transformação de dias de prisão em dias de multa demonstra com maior visibilidade a insensibilidade do legislador face à natureza distinta de uma pessoa coletiva.

⁸² Neste sentido, Brandão, «O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal», p. 45.

⁸³ É de sublinhar, no entanto, que esta tendência de conversão das penas privativas da liberdade aplicáveis a pessoas singulares em penas pecuniárias aplicáveis a pessoas coletivas remonta, já, ao *Criminal Justice Act*, de 1948, no Reino Unido, onde esta possibilidade de conversão já se encontrava prevista.

Estamos em crer que estando em causa dois sujeitos distintos, e não obstante a conduta em causa ser idêntica, o tratamento a dispensar a um e a outro deve, de igual modo, ser distinto. Na nossa ótica, o legislador desconsidera por completo a pessoa coletiva enquanto sujeito distinto de uma pessoa singular, existindo desigualdade de tratamento pela circunstância de tratar de forma igual aquilo que é diferente e violando, inclusive, o pensamento analógico⁸⁴ que a doutrina propugna para responsabilizar a pessoa coletiva⁸⁵.

Em relação à determinação da medida concreta da pena de multa, o art. 90.º-B, n.º 4 CP - e à semelhança do que se acontece no art. 47.º, n.º 1 CP (que regula a pena de multa aplicável às pessoas singulares) - remete a regulamentação do problema para o art. 71.º, n.º 1 CP, segundo o qual a medida concreta deverá ser fixada em função da culpa e das exigências de prevenção. Desta remissão para o art. 71.º, n.º 1 CP podemos retirar duas conclusões.

A primeira conclusão será que o legislador adota o modelo da moldura da prevenção em relação às pessoas coletivas, devendo o juiz, aquando da determinação da medida concreta da pena, articular os critérios da culpa, da prevenção geral e especial. Por razões sistemáticas, dada a íntima conexão da questão com as finalidades da pena, iremos retornar e desenvolver esta questão mais à frente no nosso trabalho.

Por sua vez, a segunda conclusão será que o legislador português, de entre as sanções penais disponíveis no nosso ordenamento, pretendeu, de facto, sancionar as pessoas coletivas com uma pena, e não com uma medida de segurança. Estas sanções, não obstante o carácter penal comum, não partilham da mesma natureza nem perseguem os mesmos fins. Ao admitir que a culpa é um dos critérios utilizados para determinar a medida da pena, o legislador assume que a pessoa coletiva deve ser sancionada com uma

⁸⁴ Figueiredo Dias, «Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português», p. 68, refere a possibilidade (e necessidade) de recorrer a um pensamento analógico em sede de responsabilização de entes coletivos, pois, se o Homem é um “*ser-livre*”, estes entes são “*realizações do ser-livre*”, e, por isso, afigura-se aceitável que “*as pessoas colectivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser-livre se exprime*”, sejam, também elas, centros éticos-sociais de imputação jurídico-penal.

⁸⁵ Cumpre alertar que a crítica dirigida ao art. 90.º, n.º 1 e 2, pode ser, de igual modo, dirigida ao seu n.º 3, que dispõe que “*se a pena aplicável às pessoas singulares estiver determinada exclusiva ou alternativamente em multa, são aplicáveis às pessoas coletivas ou entidades equiparadas os mesmos dias de multa.*”

pena, enquanto reação à sua culpabilidade, e não com uma medida de segurança, cujo pressuposto de aplicação é a perigosidade do agente e já não a sua culpa⁸⁶⁻⁸⁷.

Tecidas estas considerações, e ainda que deixando, de momento, algumas considerações em aberto, estamos em condições de afirmar que todas as instruções positivadas para determinar os dias da pena de multa aplicável à pessoa coletiva se baseiam, na verdade, no modo de determinação dos dias da pena de multa aplicável à pessoa singular. Esta opção legislativa apresenta-se como a solução mais sensata – e simples – para um legislador que consagra a responsabilidade penal da pessoa coletiva sem se propor, de facto, a consagrá-la, isto é, a desligar-se da pessoa singular e responsabilizar a pessoa coletiva enquanto tal.

Diferentemente, no que toca ao quantitativo diário da pena de multa, o legislador parece ter feito um maior esforço de adaptação à realidade específica que constitui a pessoa coletiva. O art. 90.º-B, nº 5 CP dispõe que “*a cada dia de multa corresponde uma quantia entre (euro) 100 e 10 000 (euro), que o tribunal fixa em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores*”, sendo, portanto, um limite mínimo e máximo muito superior ao previsto para as pessoas singulares, de acordo com o maior poder económico que, em regra, as pessoas coletivas detêm⁸⁸.

⁸⁶ Assim, Luis Gracia Martín, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito* (Tirant Lo Blanch, 2016), p. 225.

⁸⁷ As medidas de segurança não são, portanto, determinadas de acordo com os critérios gerais do art. 71.º CP. Não obstante a partilha do fundamento e dos princípios entre as diferentes medidas de segurança, a sua determinação depende da medida de segurança em causa, estando as diversas disciplinas positivadas nos art. 91.º a 103.º CP.

⁸⁸ Impõe-se, todavia, uma nota à questão dos limites mínimos e máximos consagrados. Paulo Pinto de Albuquerque, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas», *Revista da Ordem dos Advogados* II, Set. (2006), disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/> (acedido a 3 de Julho 2018), chama atenção para o facto de, no RGIT, o limite máximo aplicável ser de 5.000€ (art. 15.º, n.º 1 do referido diploma) e de não existir “*justificação objetiva para supor que as pessoas coletivas que cometem os crimes do CP têm maior poder económico*” face às que violam a lei penal extravagante. A única justificação plausível para esta diferenciação seriam as exigências de prevenção geral, no entanto, cremos que estas devem influir apenas na primeira operação de determinação da pena de multa, devendo a segunda ser reservada para outros aspetos da vida concreta da pessoa coletiva. Brandão, «O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal», p. 46 e ss., aplaude os limites superiores consagrados pois considera que se revelam adequados à situação económica habitual de uma pessoa coletiva. Para o autor, o valor de 10.000€ poderá, até, revelar-se como insuficiente face a determinados grupos empresariais que registam lucros anuais “*na ordem das dezenas e até centenas de milhares de euros*”. O mesmo não acontece, porém, com o valor mínimo fixado, perante o qual o autor demonstra alguma preocupação. Pertinentemente, o autor chama a atenção para o facto da RPPC não incidir apenas sobre os grandes grupos empresariais, englobando, ainda, as pequenas e grandes empresas. Estas últimas terão dificuldade em lidar com uma taxa

Em conjunto com os limites superiores consagrados, é de aplaudir, também, a inclusão expressa dos encargos da pessoa coletiva face aos seus trabalhadores enquanto um dos critérios norteadores na determinação do quantitativo diário da multa. O legislador, com esta menção, pretendeu evitar que a pena tivesse repercussões negativas em terceiros que não estiveram envolvidos no crime praticado, contornando uma das maiores críticas dirigidas à pena pecuniária aplicável às pessoas coletivas. Ao incluir este critério no n.º 5 do art. 90.º CP, procurou-se garantir que os salários e eventuais indemnizações devidas aos trabalhadores não fossem colocadas em risco pela condenação da pessoa coletiva.

Pensamos, no entanto, que o legislador poderia ter ido mais longe em relação aos critérios norteadores da quantia diária da pena de multa. A inclusão de outros critérios como, por ex., a atividade desenvolvida por esta e o relevo social da mesma⁸⁹, contribuiria não só para a certeza jurídica e para uma fundamentação mais sólida da decisão do juiz, como, ainda, para a aproximação da sanção às especificidades que pautam o sujeito que estudamos.

Assim, e mais uma vez, a pena de multa prevista para as pessoas coletivas peca pela falta de independência na sua modulação face à pena de multa prevista para as pessoas singulares⁹⁰.

Esta crítica já não pode, por sua vez, ser dirigida à pena de dissolução, exclusiva das pessoas coletivas, e que consiste, como indicia o seu *nomem iuris*, na extinção da pessoa coletiva. Dada a radicalidade desta pena, esta apenas é admitida quando a pessoa coletiva “*tiver sido criada com a intenção exclusiva ou predominante de praticar os crimes indicados no n.º 2 do art. 11.º ou quando a prática reiterada de tais crimes mostre que a pessoa coletiva ou entidade equiparada está a ser utilizada, exclusiva ou predominantemente, para esse efeito, por quem nela ocupe uma posição de liderança.*” (art. 90.º -F, CP)⁹¹. Para ser aplicada à pessoa coletiva, este sujeito deve, portanto, apresentar-se como um instrumento utilizado pelas pessoas singulares para o cometimento de crimes, seja para o futuro, ou já no presente.

mínima diária de 100€, que pode significar um “*peso inoportável*” para a pessoa coletiva e, até, comprometer a sua subsistência.

⁸⁹ Critérios apontados por Seixas Meireles, *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais: Juizos de Adequação*, p. 87, já em 2006.

⁹⁰ No mesmo sentido, referindo-se ao sistema sancionatório espanhol, Joan Baucells Lladós, «Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», *Estudios Penales y Criminológicos* XXXIII (2013), p. 197.

⁹¹ Da letra do artigo retira-se que, nos casos referidos, a pena de dissolução é preferível à pena de multa.

Como resulta patente das páginas anteriores, não propugnamos pela (quase) equiparação que é sistematicamente realizada, a nível penal, entre a pessoa singular e coletiva. Não nos parece, por isso, apropriado equiparar a pena de dissolução à pena de morte⁹².

Não se deve, de facto, falar na morte da pessoa coletiva, pois, tal como esta não dispõe das condições necessárias para sofrer uma pena de prisão, esta também não dispõe das condições necessárias para sofrer uma morte natural. Todavia, apesar da utilização do termo “morte” se afigurar como conceitualmente incorreta, é inegável que a pena de dissolução da pessoa coletiva dita o seu fim.

Ora, enquanto que, na pessoa singular, a pena principal mais gravosa contende com a liberdade externa do sujeito, na pessoa coletiva o legislador vai mais longe e consagra uma pena principal que ameaça a própria existência da pessoa coletiva. Se é verdade que a sua personalidade jurídica é “*ficção à nascença*” e, por isso, “*também o é na morte*”, podendo “*ressuscitar, sob outras vestes*”⁹³, a verdade é que a personalidade jurídica atribuível à pessoa coletiva é aquela que lhe é adequada, e, por diferente da personalidade jurídica da pessoa singular, não deve ser desvalorizada.

Posto isto, atentando na letra do art. 90.º -F, CP, parece-nos que o legislador entendeu que, quando uma pessoa coletiva seja instrumentalizada para fins criminosos e, bem assim, utilizada como uma veste protetora pela pessoa singular que pretende cometer crimes, a pessoa coletiva, nestes casos, não possui vontade própria, conduzindo à total desvalorização da sua personalidade jurídica. Mas, questionamos, como pode ser aplicada uma pena à pessoa coletiva quando esta foi, de acordo com os requisitos exigidos pelo legislador, aplicada por referência à intenção de praticar crimes da(s) pessoa(s) singular(es)?

Como iremos analisar em momento posterior, esta desvalorização penal da personalidade jurídica da pessoa coletiva conflitua com as finalidades da pena propugnadas pelo art. 40.º CP, levando-nos a questionar, afinal, que finalidades são perseguidas com esta pena.

⁹² Defendendo a equiparação, Sopas de Melo Bandeira, «*Responsabilidade*» *Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos. A Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Civas sob a Forma Comercial*, p. 462 e, contra a equiparação, Seixas Meireles, *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*, p. 77.

⁹³ Reis Bravo, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, p. 77.

Antes de chegarmos a esse ponto do nosso trabalho cumpre, porém, estudar as diferentes finalidades que podem ser perseguidas pela pena, enquanto consequência jurídica da violação de uma norma penal, para, de seguida, identificar e analisar qual o caminho escolhido pelo legislador português na matéria. Só após esta análise estaremos em condições de analisar as penas principais previstas para as pessoas coletivas à luz das finalidades da pena no ordenamento jurídico penal português e concluir se existe, ou não, dissonância entre estas penas e as finalidades que deveriam perseguir.

3. PARA QUÊ SANCIONAR AS PESSOAS COLETIVAS?

3.1. A pena e o seus fins

A discussão em torno da finalidade da pena é tão antiga quanto a existência do poder político⁹⁴. Sendo as sanções penais – as penas e as medidas de segurança – as consequências jurídicas mais gravosas de todo o ordenamento jurídico, limitadoras de direitos fundamentais, não surpreende a discussão continuada da questão.

O caráter coercivo da pena torna imperiosa a sua legitimação, dado que a restrição ilegítima de direitos não constitui nada mais que violência punitiva, violência que se reflete no poder punitivo estatal, e, bem assim, no fim prosseguido por este. A legitimidade do *ius puniendi* estatal ajuíza-se através das finalidades que a sanção penal procura perseguir⁹⁵, pelo que discutir as finalidades da pena é discutir a finalidade do Direito Penal⁹⁶ e, deste modo, ajuizar acerca da legitimidade deste ramo do Direito. Por esta razão, todo o sistema penal é erigido em torno das especificidades que caracterizam a sanção penal.

O problema da finalidade da pena é, contudo, e em regra, apelidado de teórico e, não menos vezes, menosprezado pela doutrina, não obstante o seu iminente relevo na prática judicial. As finalidades apontadas à pena encontram reflexo nos critérios de escolha

⁹⁴ Américo Taipa de Carvalho, «Prevenção, culpa e pena. Uma concepção preventivo-ética do direito penal», em *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (Coimbra Editora, 2003), p. 317.

⁹⁵ Que, por sua vez, se encontra intimamente relacionada com a concepção de Estado vigente. Assim, Santiago Mir Puig, *Funcion de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho*, 2.^a Ed. (Bosch, 1982), p. 15, 25 a 29, e Bernd Schünemann, «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», em *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, ed. Jesús-María Silva Sánchez (Bosch, 1997), p. 85.

⁹⁶ Manuel Cortes Rosa, «Natureza jurídica das penas fiscais», em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol II.* (Coimbra Editora, 2006), p. 4, destrinça, de forma breve, os três sentidos que é possível retirar da expressão “fundamentos da pena”: (i) o fundamento real, que consiste nos pressupostos tipificados em certo tipo legal de crime e que conduzem à aplicação da pena; (ii) o fundamento como causa final, que se consubstancia nas teorias dos fins da pena; e (iii) o fundamento jurídico, que consiste na justificação do *ius puniendi* estadual. Ora, o nosso trabalho debruça-se sobre o segundo sentido, sentido este que, não se confundindo com o terceiro, influi neste. Como já referido, parece-nos que a legitimidade do *ius puniendi* está intimamente ligada à legitimidade da sanção penal, ditada pela finalidade que persegue num determinado contexto histórico-social. Na atualidade, considera-se que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, sendo as penas e as medidas de segurança os meios necessários para essa proteção. Por isso, quando se fala em “fins da pena”, tal expressão não significa que a finalidade da pena é um fim em si mesma, mas sim que é um meio de satisfazer a finalidade última do Direito Penal: a proteção de bens jurídico-penais. Neste sentido, Américo Taipa de Carvalho, *Direito Penal. Parte Geral.*, 2.^a Edição (Coimbra Editora, 2014), p. 62; Taipa de Carvalho, «Prevenção, culpa e pena. Uma concepção preventivo-ética do direito penal», p. 324, que, por isso, considera a redação do art. 40.º CP incongruente, por equiparar “fins”-meios ao fim-último.

e determinação da medida da pena⁹⁷, medida esta que pode variar bastante consoante a finalidade apontada e, consoante as variações, produzir diferentes efeitos sobre a vida do condenado.

Ao longo dos séculos foram surgindo diferentes teorias que se propuseram a legitimar o instituto da pena. As diferentes propostas podem ser agrupadas em dois grupos principais⁹⁸: o primeiro grupo acolhe as chamadas teorias absolutas da pena, também conhecidas por teorias da retribuição, enquanto que o segundo grupo acolhe as teorias relativas da pena ou teorias de prevenção⁹⁹.

As teorias absolutas fundamentam a aplicação da pena no crime passado. São aplicáveis apenas e só porque o agente cometeu um crime e independentemente dos efeitos que possam advir da sua aplicação, sendo, por isso, perpassadas por uma racionalidade retrospectiva. A pena é concebida como um instituto que permite anular o mal que constitui o crime e que, devido a este efeito de anulação, permite restaurar a justiça. O agente merece que lhe seja aplicada uma pena e, através desta aplicação, a justiça é restaurada.

As teorias relativas, pelo contrário, são informadas por uma racionalidade prospectiva. A pena deve ser aplicada para que, no futuro, sejam prevenidos novos delitos, quer por parte daquele agente, quer por parte da restante comunidade. Deste modo, apesar da pena ser um mal em si mesma, é, na verdade, um mal menor e, acima de tudo, é um mal necessário. Estas teorias encontram a legitimação da pena nas consequências que advêm da aplicação da mesma, ao contrário do que acontece com as teorias absolutas, para as quais a pena é legítima porque justa face ao crime cometido.

Iremos dedicar algum espaço do nosso trabalho a analisar estas teorias, bem como algumas das suas ramificações, pois, como já referimos, esta análise será relevante para uma tomada de posição final no tema principal que tratamos.

3.1.1. A pena como instrumento de retribuição

⁹⁷ Bernardo Feijoo Sánchez, «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena», *InDret - Revista para el análisis del derecho* 1, janeiro (2007), p. 8; Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 79.

⁹⁸ Seguimos Jesús-María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo* (J. M. Bosch Editor, 1992), p. 198.

⁹⁹ Bernardo Feijoo Sánchez, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general* (Editorial B de F, 2014), p. 27, que seguimos, também, na parte que se segue.

A teoria da retribuição concebe a pena como um instrumento de “retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime”¹⁰⁰. Para esta teoria, o mal provocado pela pena deve ser equivalente ao mal provocado pelo crime, funcionando a pena, por isso, como o pagamento justo exigido pela Justiça. O sentido da pena esgota-se nesta justificação, sendo esta a sua razão de ser e, simultaneamente, o seu fim, pelo que todas as repercussões que a pena possa ter no agente do crime e na comunidade lhe são alheias e tendencialmente irrelevantes¹⁰¹.

Esta convicção de que o mal do crime pode e deve ser anulado com o mal da pena já foi, ao longo do tempo, fundamentada em considerações religiosas, éticas, e, também, jurídicas¹⁰². A nível histórico, esta teoria nasce do pensamento religioso, segundo o qual se pune o delinquento porque este pecou (*punitur quia peccatum est*). No entanto, especialmente a partir do séc. XVIII, a ideia de retribuição foi evoluindo, pelo que o estudo do pensamento retributivo, particularmente na perspetiva jurídica, não será destituída de efeito útil para o nosso trabalho. No que tange à teoria da retribuição, iremos focar-nos em maior grau na sua justificação jurídica, pois apenas esta justificação permitirá compreender a pena enquanto instrumento jurídico de retribuição.

Sumariamente, a fundamentação religiosa da teoria retributiva da pena prendia-se com duas ideias: a “expiação” e o “reequilíbrio entre pena e crime”¹⁰³. A pena seria um instrumento de castigo divino utilizado pelo juiz, o mandatário terreno da justiça divina. Esta fundamentação, embora historicamente relevante, nos tempos hodiernos nunca poderia proceder. Sendo Portugal um Estado laico, pluralista e democrático, não pode

¹⁰⁰ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 45.

¹⁰¹ Apesar de, em regra, se associar a pena retributiva a uma pena dissociada de fins, discute-se se a retribuição, só por si, não pode ser considerada um fim. Como afirma ROXIN, a questão é “*puramente terminológica*”, pelo que depende do que se considera como fim. Se o fim for empírico, a resposta será negativa, se, pelo contrário, o fim for ideal, a resposta já será positiva, pois, deste modo, já abarca a realização da Justiça. Como a generalidade dos autores, consideramos que o fim seguido pela pena deve ser empírico, social, o que nos leva a concluir que a utilidade da pena retributiva se consome no momento da sua aplicação. Assim, Claus Roxin, *Derecho penal: parte general. Tomo I* (Thomson, 2007), p. 81.

¹⁰² Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, p. 84 e ss.

¹⁰³ Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português. Introdução e Teoria da Lei Penal* (Verbo, 2010), p. 72. O autor acrescenta, ainda, a ideia de vingança. Aqui, no entanto, a doutrina diverge, inserindo-se na corrente que separa a retribuição da vingança GIUSEPPE BETTIOL e PHILIPPE BESNIER. As teorias retributivas, ao exigir proporcionalidade entre a pena e o facto praticado, apresentam-se como teorias pautadas pela racionalidade, ao passo que a vingança é movida pela emoção, pela satisfação emocional que o vingador retira do sofrimento do castigado. Sobre a questão e a fundamentação religiosa da retribuição em geral, Pedro Maria Godinho Vaz Patto, «Reflexões sobre os fins da pena numa perspectiva cristã», *Direito e Justiça* XII, n. 2 (1998), p. 296 e ss. Rejeitando, também, a semelhança entre os conceitos, Santiago Mir Puig, *Bases Constitucionales del Derecho Penal* (Iustel, 2011), p. 34 e 35, e Paulo Ferreira da Cunha, «Das penas e dos seus fins. Recordando narrativas fundadoras em direito penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 21, n. 1 (2011), p. 17.

impor aos seus cidadãos que estes, através do sofrimento que lhes inflige a pena, expiem os seus pecados – *rectius*, os seus crimes.

A fundamentação ética das penas, por sua vez, deve-se às reflexões de KANT (1724-1804) que, ao proclamar o homem como fim em si mesmo, nega a possibilidade de este ser utilizado como um meio para atingir outros fins. Aplicar uma pena com a finalidade de prevenir a prática de crimes, seja pela comunidade, seja pelo sujeito condenado, implica equiparar o homem a um objeto¹⁰⁴ e é, por isso, impensável.

O autor deve ser punido porque merece a punição, punição que deve ser na mesma medida do mal que causou, existindo um “*valor moral correlativo ao desvalor moral ontologicamente associado ao crime*”¹⁰⁵. A lei penal constitui um “imperativo categórico” e, por isso, quando um ser racional como o Homem viola a lei penal, tal violação significa que, na sua perspetiva, os restantes Homens também o poderão fazer, pois a máxima moral e comportamental que guia o Homem deve ser igual para todos¹⁰⁶.

À semelhança do que sucede com a fundamentação religiosa, também esta segunda fundamentação, nos dias de hoje, não é suscetível de servir de alicerce à pena enquanto instituto jurídico. A pena deve ser aplicada porque o autor violou um bem jurídico-penal, protegido por certo tipo legal, e “*não pode estar dependente do sentido subjetivo-racional que tenha para aquele que a sofrer, mas sim porque tem um sentido para aquele que a impõe*”¹⁰⁷, apresentando-se não como um instituto que pretende funcionar como um equivalente ao mal cometido, mas como um instituto que irá permitir, no futuro, a manutenção das condições necessárias para o desenvolvimento da comunidade e do próprio agente.

Deixando para trás a ideia de que a pena deve ser um mal faticamente equivalente ao crime, HEGEL (1770-1831) avança com a ideia de retribuição jurídica. Segundo este, o crime constitui uma negação do Direito, sendo a pena a “negação da negação do Direito”

¹⁰⁴ Immanuel Kant, *Metafísica dos costumes* (Gallimard, 1986), p. 601 *apud* Marques da Silva, *Direito Penal Português. Introdução e Teoria da Lei Penal*, p 73.

¹⁰⁵ Marques da Silva, *Direito Penal Português. Introdução e Teoria da Lei Penal*, p. 74. É sobejamente conhecido o exemplo da desagregação da comunidade de uma ilha avançado por KANT, segundo o qual “*ainda que a coletividade decidisse unanimemente dissolver-se (...) haveria que executar antes o último assassino (...) de maneira a que todos soubessem qual é o valor dos factos que praticaram.*”

¹⁰⁶ Por ex., se um Homem mata, significa que assume como lei válida que também o matem. Feijoo Sánchez, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, p. 19.

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 22 e 23.

que, ao ser aplicada, anula os efeitos do crime e restitui o Direito anteriormente negado¹⁰⁸. A igualação pretendida entre mal do crime e mal da pena não será, portanto, fáctica, mas sim normativa, e deve bastar-se com o necessário para fazer face ao crime praticado, nomeadamente por referência à ilicitude do facto praticado e da culpa do agente¹⁰⁹.

Não obstante as marcadas diferenças existentes entre as diversas fundamentações acima descritas para suportar a ideia de retribuição, estas partilham entre si um tronco comum, segundo o qual a pena é imposta por referência ao facto passado, desligada das utilidades que lhe possam ser atribuídas no futuro. A única função que lhe pode ser atribuída é a da realização da justiça, que se impõe independentemente de outros factores e, por isso, se impõe com carácter absoluto¹¹⁰.

Na atualidade, as teorias retributivas são de rejeitar pois seria inadmissível justificar uma consequência jurídica gravosa como a pena numa necessidade de Justiça moral ou ética, despojada de qualquer efeito socialmente útil, mesmo que esta necessidade brotasse de uma norma positivada¹¹¹. Uma atuação, por parte do Estado, baseada numa consideração religiosa ou ética, não só extravasaria as suas funções de garante de liberdade e de criador das condições necessárias para o desenvolvimento de cada cidadão, como seria avessa à noção de bem jurídico¹¹², enquanto delimitador do conceito material de crime, na medida em que permitiria que o Direito Penal fosse influenciado por motivos religiosos ou éticos.

É, ainda, difícil determinar o *quantum* concreto da pena que seja concebida enquanto instrumento de retribuição moral ou ética, pois a sua medida estará diretamente dependente de um dano moral, de difícil quantificação¹¹³. Esta teoria não orienta, ainda, o julgador no momento de escolher qual o tipo de pena adequada ao caso concreto que julga.

¹⁰⁸ Apesar de HEGEL descrever a sua posição como retributiva, parece-nos que, em última linha, a finalidade da pena será reafirmar o direito negado – que consubstancia a vontade geral da comunidade – pelo crime – que reflete a individual do agente –, convergindo na ideia de prevenção geral positiva, que iremos analisar em seguida. Pronunciando-se neste sentido, Mir Puig, *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, p. 37.

¹⁰⁹ Para mais desenvolvimentos, Feijoo Sánchez, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, p. 31 e ss.

¹¹⁰ Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, p. 86.

¹¹¹ Em sentido semelhante, W. Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal* (Bosch, 1984), p. 351, *apud* Marques da Silva, *Direito Penal Português. Introdução e Teoria da Lei Penal*. Afirmando que “*não há razão de punir um crime só porque ele foi praticado e só porque se prevaricou*”, José Beza dos Santos, *Lições de Direito Criminal (coligidas por Hernâni Marques)* (Coimbra Editora, 1939), p. 39

¹¹² Neste sentido, Figueiredo Dias, «Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico», p. 377; Anabela Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção* (Coimbra Editora, 2014), p. 161 e ss.

¹¹³ Beza dos Santos, *Lições de Direito Criminal (coligidas por Hernâni Marques)*, p. 40.

Apesar das críticas que lhes são habitualmente dirigidas, as teorias absolutas tiveram o mérito de, ao exigir a proporcionalidade entre o delito e a pena, limitarem a atuação penal¹¹⁴. Uma pena que seja mais grave que a culpa vertida na prática do facto é uma pena atentatória da dignidade da pessoa humana e, como tal, ilegítima, mesmo que guiada por uma ou mais utilidades preventivas. A pena não pode ser vista como um instrumento norteado por uma lógica puramente utilitária e pragmática, carece de uma âncora axiológica que não a permita desligar-se da pessoa humana enquanto sujeito que a cumpre.

Este contributo incontornável não é, porém, suficiente para que a concepção retributiva da pena seja considerada, no seu todo, como teoria a adotar. De facto, atualmente, nem a doutrina penal¹¹⁵, nem os ordenamentos jurídico-penais, adotam esta concepção, atribuindo fins práticos à pena e não a legitimando na ideia do justo merecimento da punição.

Como veremos em momento posterior, também o legislador português dos nossos dias optou por refutar a teoria da retribuição enquanto teoria legitimadora da pena.

3.1.2. A pena como instrumento de prevenção

A concepção preventiva da pena situa-se no extremo oposto à concepção retributiva. Segundo esta, sendo a pena um mal, este mal só pode ser justificado se da sua aplicação resultar a satisfação de necessidades sociais¹¹⁶, isto é, se a sua aplicação

¹¹⁴ Sobre o princípio da culpa no nosso ordenamento, que analisamos *infra*, deve sublinhar-se que a medida da pena, mesmo equivalendo ao dano causado, pode revelar-se, ainda, desproporcional à culpa do agente, pois este poderia não ter previsto o resultado produzido.

¹¹⁵ Um dos autores que se excepciona desta regra é JOSÉ DE FARIA COSTA, que defende uma “*posição neo-retributiva de fundamento onto-antropológico*”, baseada nos pilares da responsabilidade e da igualdade. Assim, e para mais desenvolvimentos, José de Faria Costa, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena», em *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos* (Coimbra Editora, 2005), p. 208, e, ainda, da mesma obra, José de Faria Costa, «Um olhar doloroso sobre o Direito Penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal)», p. 69 e ss. Defendendo, também, a retribuição como finalidade a seguir pela pena, A. Lourenço Martins, *Medida da Pena - Finalidades e Escolha. Abordagem Crítica de Doutrina e de Jurisprudência* (Coimbra Editora, 2011), p. 176.

¹¹⁶ Nas palavras de Germano Marques da Silva, referindo-se à racionalidade utilitária que pauta a concepção preventiva da pena, *Direito Penal Português. A Teoria das Penas e Medidas de Segurança*, 2.^a Ed. (Editorial Verbo, 2008), p. 34: “*A pena é um mal e não faria mais do que acrescentar um mal ao mal produzido pelo crime se não fosse útil.*”

contribuir, no futuro, para a diminuição da criminalidade, para a prevenir (“*punitur ne peccetur*”), seja por parte da comunidade seja por parte do agente¹¹⁷.

A pena deve, portanto, assumir uma função utilitária – a prevenção de delitos futuros –, e, por isso, para justificar a sua aplicação, não é suficiente concebê-la como um castigo devido pelo mal praticado¹¹⁸. A medida da pena será determinada pela utilidade social que seja possível retirar da aplicação da pena, deixando de ser legítima apenas quando deixe de ser útil, isto é, quando não contribua mais para a diminuição da criminalidade. Esta teoria, ao ser guiada por considerações utilitárias, conduz tanto a penas de extrema severidade¹¹⁹ como de extrema leviandade¹²⁰, estando apenas dependente da utilidade que a pena possa demonstrar na prevenção de crimes futuros, e não da ilicitude do facto e da culpa demonstrada pelo agente na prática do crime.

Esta teoria encontra-se bifurcada em teoria da prevenção geral e teoria da prevenção especial¹²¹, consoante se pretenda colocar o ênfase preventivo na comunidade ou no sujeito que cometeu o crime.

3.1.2.1 Prevenção geral

As teorias de prevenção geral concebem a pena como “*instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da sua aplicação e da efetividade da sua execução*”¹²², e, na atualidade, distingue-se entre a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva.

¹¹⁷ Estando ao serviço de necessidades sociais, estas necessidades serão sempre circunstanciais e relativas, o que levou a que estas teorias fossem batizadas de teorias relativas, por contraposição às teorias absolutas, que pretendem realizar o fim absoluto da realização da Justiça.

¹¹⁸ De forma semelhante, Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, p. 87 e ss., No mesmo sentido, Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 49.

¹¹⁹ Beza dos Santos, *Lições de Direito Criminal (coligidas por Hernâni Marques)*, p. 31, afirma que esta teoria, na sua fase primitiva, “*reveste uma forma grosseiramente cruel*”, conduzindo a um Direito Penal do terror, puramente utilitário e desligado do tempero necessário fornecido pela culpa demonstrada pelo agente no facto.

¹²⁰ Neste sentido, embora apenas se referindo à prevenção especial, Maria Fernanda Palma, *Direito Penal. Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Princípio da legalidade: interpretação da lei penal e aplicação da lei penal no tempo* (AAF DL Editora, 2016), p. 57.

¹²¹ O mérito desta distinção aponta-se, em regra, ao criminalista alemão ANSELM V. FEUERBACH. Assim, Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, p. 81; Lourenço Martins, *Medida da Pena - Finalidades e Escolha. Abordagem Crítica de Doutrina e de Jurisprudência*, p. 74.

¹²² Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 50.

A prevenção geral negativa foi desenvolvida em profundidade por ANSELM V. FEUERBACH (1775-1833), com a teoria da coação psicológica. Para o autor, a pena prevista no ordenamento jurídico-penal constitui um modo de coação psicológica que influencia o comportamento de potenciais delinquentes, os quais que, perante a ideia de aplicação de uma pena, se sentem intimidados e se abstêm de praticar o crime¹²³. O efeito dissuasor emanado resulta da previsão legal da pena, que funciona como uma ameaça, sendo a sua execução apenas uma confirmação da seriedade desta previsão.

Assim, esta faceta da prevenção geral concebe a pena como um instrumento intimidatório, que, ao ser aplicado, dissuade os restantes elementos da comunidade de praticar crimes, inibindo tendências delinquentes e reduzindo a criminalidade. Visando apenas esse objetivo, a pena facilmente é convertida num instrumento de terror, desligada do facto cometido e, por isso, atentatória da dignidade da pessoa humana. Interessada, somente, na dissuasão da comunidade, a pena vocacionada para a prevenção geral negativa não se orienta pela proporcionalidade face ao facto cometido¹²⁴.

A prevenção geral positiva¹²⁵, por sua vez, procura que a pena contribua para a manutenção e para o reforço da confiança da comunidade no ordenamento jurídico-penal, demonstrando que, apesar das violações que possam ter ocorrido, as normas do ordenamento mantêm a sua vigência.

Podem ser apontados três efeitos distintos emanados pela pena guiada por esta finalidade¹²⁶: (1) o efeito de aprendizagem, pois esta pena informa a comunidade de quais os factos sancionados penalmente, bem como de quais os bens jurídicos que são dignos de tutela penal, (2) o efeito do exercício da confiança no Direito, visto que a comunidade, ao assistir à aplicação prática do Direito – no decorrer do processo penal e até ao momento em que é ditada a sentença –, volta a confiar na sua força de vigência, e (3) o efeito da pacificação, pois a absolvição ou a condenação do arguido tranquiliza a consciência

¹²³ Seguimos Roxin, *Derecho penal: parte general. Tomo I*, p. 90

¹²⁴ Assim, Pedro Maria Godinho Vaz Patto, «Reflexões sobre os fins das penas», em *Psicologia e Justiça*, ed. António Castro Fonseca (Almedina, 2008), p. 397. Maria Fernanda Palma, *Direito Penal. Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Princípio da legalidade: interpretação da lei penal e aplicação da lei penal no tempo* (AAFDL Editora, 2016), p. 56 salienta que esta teoria, devido à sua desconexão com o facto cometido, pode levar a que pena deixe de ser vista como consequência jurídica do crime.

¹²⁵ Para uma breve análise de diferentes interpretações da teoria da prevenção geral positiva, Santiago Mir Puig, «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 39, n. 1 (1986), p. 51 e ss.

¹²⁶ Roxin, *Derecho penal: parte general. Tomo I*, p. 90.

jurídica geral, que vê na decisão final a reposição da vigência dos bens jurídicos anteriormente colocados em perigo.

As principais críticas dirigidas a esta finalidade questionam como pode a pena contribuir para a manutenção e para o reforço da vigência das normas e dos seus valores, de como pode ser quantificada a consciência comunitária jurídica. Acresce, ainda, à semelhança do que sucede com a finalidade de prevenção geral negativa, que uma pena exclusivamente guiada por uma finalidade preventiva geral positiva, desligada do facto cometido, pode, com facilidade, implicar uma medida concreta violadora da dignidade da pessoa humana, transformando o condenado num exercício exemplificativo da força do Direito.

3.1.2.2. Prevenção especial

Por seu turno, as teorias da prevenção especial pretendem que a pena previna o agente de delinquir novamente. FRANZ V. LISZT (1851-1919) é apontado como a principal voz das teorias da prevenção especial.

Segundo este ilustre autor, a pena funciona como um corretivo do comportamento do delinquente e, consoante o tipo de delinquente em causa, a finalidade perseguida pela pena será distinta. Se estivermos perante um delinquente habitual corrigível, a pena deverá ter em vista a correção e ressocialização do agente. Se, pelo contrário, estivermos diante de um delinquente incorrigível, a pena deverá postular pela inocuidade do mesmo, dado que, sendo incorrigível, o Estado não consegue contribuir positivamente para a sua reinserção na comunidade do Direito. Perante um delinquente ocasional, a pena deverá já ser intimidatória, dissuadindo o agente de quebrar, novamente, a lei penal. Assim, para o autor, a finalidade primordial da pena seriam a correção e a ressocialização, ou a inocuidade e a intimidação, consoante o agente concreto.

Hoje, à semelhança do que se verifica nas teorias de prevenção geral, distinguem-se dois modos de prevenir a prática de novos crimes pelo delinquente: a prevenção especial positiva e a prevenção especial negativa¹²⁷.

¹²⁷ Não obstante a existência de diferentes orientações para atingir a finalidade de prevenção especial negativa. De forma superficial, refira-se a chamada Escola Correcionalista, segundo a qual a finalidade primordial da pena seria o melhoramento moral do agente, que contribuiria para a correção da sua atitude criminosa e, deste modo, preveniria a prática futura de crimes pelo agente “corrigido” e, ainda, a Escola

Será positiva, ou de socialização, quando a pena vise a reinserção do agente na comunidade, quando crie as condições necessárias para que este desenvolva uma vida de acordo com o Direito e não à sua margem. Esta finalidade deve ser seguida “*com respeito pelo modo de ser do delinquente, pelas suas concepções sobre a vida e o mundo, pela sua posição própria face aos juízos de valor do ordenamento jurídico.*” O Direito Penal não pode pretender imiscuir-se na esfera moral do delinquente, deve respeitar a sua liberdade de autodeterminação e pode apenas zelar pelo cumprimento externo das suas normas mediante a abstinência de violação de bens jurídico-penais¹²⁸.

Se a única forma de prevenir a reincidência do delinquente for através da sua separação da comunidade ou da sua atemorização, a finalidade preventiva seguida pela pena já será negativa, ou de neutralização. Pretende-se que a pena, pela via do temor, desincentive o agente de praticar, novamente, factos ilícitos típicos.

Também aqui a medida da pena concreta se pode revelar desproporcional ao facto cometido, pois, especialmente na vertente negativa, a medida concreta ficará dependente de aspetos subjetivos, como por ex., a personalidade do agente, dado que existem agentes mais suscetíveis de intimidação do que outros, bem como da avaliação subjetiva realizada pelo juiz.

3.1.3. Teorias mistas

Existem, ainda, vozes doutrinárias que defendem que a teoria da retribuição e a teoria da prevenção não são opostas, mas sim posições distintas que se devem complementar. São as teorias mistas ou unificadoras que, não obstante defenderem a complementaridade entre a finalidade retributiva e a finalidade preventiva, acabam sempre por atribuir um maior

Positivista que, partindo da posição correccionalista, defende uma substituição das penas por medidas de segurança, devendo cada medida ser determinada de acordo com o perigo que cada agente represente e ser executada enquanto o perigo existisse. Seguimos Beza dos Santos, *Lições de Direito Criminal (coligidas por Hernâni Marques)*, p. 33 e ss. Ambas correntes são de recusar, uma vez que propõem a intromissão do *ius puniendi* estadual na esfera privada do delinquente, violando a sua liberdade de autodeterminação que fica nas mãos de um juiz que, com poderes quase discricionários, avalia as necessidades morais do agente e aplica uma medida consoante esta avaliação. Acresce ainda que a Escola Positivista, ao fazer depender a duração da medida da duração da situação de perigosidade do agente, permite a existência de medidas de duração indeterminada que, no limite, podem perdurar até à morte do delinquente.

¹²⁸ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 55; Marcelo Almeida Ruivo, «O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotómica das finalidades», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 22, n. 2 (2012), p. 192 e 193.

peso a uma ou outra¹²⁹, sob pena de criar um conflito irremediável entre fins e critérios legitimantes distintos¹³⁰.

Segundo FIGUEIREDO DIAS, é possível identificar dois grupos de teorias mistas¹³¹: (1) aquelas em que “*reentra a ideia da retribuição*” e as (2) teorias da prevenção integral. No primeiro grupo, a pena é retributiva – no sentido em que a pena é guiada pela retribuição da culpa – mas persegue finalidades preventivas, apresentando-se como uma “*retribuição com fins utilitários*”¹³²⁻¹³³. As teorias de prevenção integral, por sua vez, defendem a combinação entre as teorias de prevenção geral e da prevenção especial¹³⁴ e descartam qualquer consideração retributiva da pena, inclusive o pensamento e o princípio da culpa.

3.2. As finalidades da pena no ordenamento jurídico-penal português

Após o estudo das diferentes teorias que, ao longo do tempo, procuraram legitimar e justificar a utilização do instituto da pena, consideramo-nos, agora, em condições de, criticamente, analisar a posição adotada pelo legislador português no tema. A posição atual do legislador, plasmada nos arts. 40.º, n.º 1 e n.º 2 e 71.º, n.º 1 do Código Penal¹³⁵, é o resultado relativamente recente – e, porventura, nunca definitivamente consolidado – de uma longa evolução jurídico-histórica da legitimação da pena, intimamente conexas com a evolução da concepção de Estado vigente.

¹²⁹ Assim, Feijoo Sánchez, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, p. 28.

¹³⁰ Em sentido semelhante, Claus Roxin, *Problemas fundamentais de direito penal*, 3.ª Ed. (Vega, 1998), p. 26.

¹³¹ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 60 e 61.

¹³² Eduardo Correia, *Direito Criminal. Volume I*. (Coimbra Editora, 1971), p. 62 e ss., era partidário desta teoria. Inclui-se aqui, também, WELZEL, segundo o qual “*a pena é uma mal infligido ao agente por causa da sua ação culposa*” e justifica-se enquanto “*retribuição de acordo com a medida da culpa*”, não obstante ser orientada para a intimidação do autor e da comunidade. Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*, p. 184 e 185.

¹³³ Julgo de toda a pertinência a crítica avançada por SILVA SÁNCHEZ ao primeiro grupo de teorias mistas referido, pois, de facto, como afirma o autor, uma teoria retributiva que justifique a pena pelos seus efeitos sociais já não propugna pela retribuição mas sim pela prevenção. Não obstante a prevenção ser obtida mediante a retribuição, a retribuição figura como um meio e não como fim último da pena. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 204.

¹³⁴ Inserem-se nesta corrente o já referido FRANZ V. LISZT e, ainda, JAKOBS. Com brevidade, sobre as teorias destes autores, Beleza dos Santos, *Lições de Direito Criminal (coligidas por Hernâni Marques)*, p. 36, e Feijoo Sánchez, *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*, p. 234 e ss., respetivamente.

¹³⁵ Como iremos ver, o legislador português, e bem, não se limitou a escolher uma das teorias *supra* referidas para legitimar a pena no ordenamento português, reconhecendo que nenhuma destas teorias, por si só, por força dos seus defeitos intrínsecos, se revela capaz de legitimar, satisfatoriamente, o instituto da pena.

3.2.1. A evolução do pensamento legislativo português

3.2.1.1. Antecedentes históricos

Existem três períodos históricos¹³⁶ considerados fundamentais para a compreensão do problema dos fins da pena em Portugal: (1) o período de vigência do CP de 1852, (2) o período de vigência do CP de 1886 e (3) o período de vigência do CP de 1982, após a Reforma de 1995. Este terceiro período prolonga-se até à atualidade, correspondendo à posição atual do legislador e razão pela qual reenviamos a análise do mesmo para o ponto seguinte do nosso trabalho.

Fortemente influenciado pela CRP de 1822¹³⁷, o CP de 1852 constituiu a primeira codificação penal em Portugal e teve o mérito indiscutível de limitar a atuação arbitrária do *ius puniendi* estadual, que passou a respeitar os termos do contrato social¹³⁸⁻¹³⁹. Este Código concebeu a pena como um instrumento de prevenção geral negativa, sempre limitado por uma ideia de proporcionalidade entre a pena e o delito e permitia tomar em consideração a culpa do agente enquanto limite da medida da pena.

Por sua vez, o chamado CP de 1886 – que, na verdade, é o resultado da Nova Reforma Penal de 1884 do CP de 1822 – procurou ajustar o pensamento jurídico-penal contido no CP à evolução do pensamento filosófico e do pensamento jurídico-político. Influenciado diretamente pelas concepções idealistas alemãs – em particular, as concepções de KANT e HEGEL – e pelas teses correccionalistas – como é o caso da tese de FRANZ VON LISZT –, este CP procurou transformar a pena num instrumento de retribuição que pretendia satisfazer, simultaneamente, exigências de prevenção especial.

Com a Revisão de 1954, operada pelo DL n.º 39 688, o art. 54.º passou a dispor que “*para a prevenção e repressão dos crimes haverá penas e medidas de segurança*” e o art.

¹³⁶ Para uma análise do sistema de penas e da sua execução desde o Direito da Reconquista até o Código Penal de 1886 inclusive, Eduardo Correia, «A Evolução Histórica das Penas», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 53 (1977), p. 51 e ss.

¹³⁷ A CRP de 1822 não só dispôs que a lei penal só pode ser estabelecida em caso de “*absoluta necessidade*” (art. 10.º), como exigiu que toda a pena fosse proporcional ao delito (art. 11.º).

¹³⁸ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 66.

¹³⁹ É de notar que, não obstante a limitação do direito de punir, o art. 46.º do CP de 1882 ao dispor que “*A duração das penas temporárias é determinada pelos juizes, não podendo exceder-se nem abreviar-se, os termos mais do que é marcado na lei, salvo nos casos especialmente declarados*”, atribuía ao juiz discricionariedade para fixar a medida concreta da pena, desde que fixada dentro da moldura abstrata legal.

84.º estipulava que “a aplicação das penas, entre os limites fixados na lei para cada uma, depende da culpabilidade do delinquente, tendo-se em atenção a gravidade do facto criminoso, os seus resultados a intensidade do dolo ou o grau de culpa, os motivos do crime e a personalidade do agente”¹⁴⁰. Apesar da sua vocação preventiva, estas disposições legais demonstram que a finalidade primordial da pena consistiria em retribuir o crime praticado e, por isso, era determinada de acordo com o grau de culpa¹⁴¹. Vigorava, portanto, uma concepção ético-retributiva da pena.

O Código Penal de 1982, por seu turno, foi publicado ainda no rescaldo do Movimento do 25 de abril de 1974, num momento de incerteza política, pelo que, mediante a análise do diploma, é facilmente perceptível que este pretendeu evitar, dentro do possível, tomar posições dogmáticas e de política-criminal¹⁴² expressas que pudessem entrar em choque com o decurso da história política do país.

De facto, não é consensual qual a posição seguida por este Código em matéria dos fins das penas. Estamos em crer que, da leitura do Preâmbulo do diploma e da análise do art. 72.º, n.º 1, a versão originária deste diploma manteve o papel crucial atribuído à culpa em sede de determinação concreta da pena, mas, simultaneamente, não esqueceu as exigências de prevenção, que deviam, também, ser tomadas em conta na determinação¹⁴³ da pena concreta.

Aos poucos, acompanhando a evolução do Estado de Direito, as exigências preventivas vão ganhando terreno, ao passo que a concepção retributiva da pena vai

¹⁴⁰ De assinalar, que, posteriormente, no Projeto de Código Penal (Parte Geral), de 1963, constava uma norma que consagrava a culpa como pressuposto da punição (art. 2.º do diploma). Em 1966, com a 1.ª Revisão Ministerial do Projeto, este artigo foi eliminado, mas manteve-se o seu art. 85.º, que consagrava a teoria da margem da liberdade como modelo de determinação da medida da pena. Segundo esta teoria, deve-se estabelecer, dentro da moldura legal definida, um nova moldura em função da culpa do agente, e, depois, num segundo momento, dentro destes novos limites, fixar o *quantum* concreto em função das exigências preventivas, gerais e especiais. Na segunda metade do séc. XX debateram-se, ainda, outras propostas de como relacionar a culpa e as exigências de prevenção e de como determinar a medida concreta da pena, destacando-se, pelo valor histórico, a teoria da pena exata e a teoria do valor do emprego. Sobre estas, veja-se, Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*, p. 489 e ss.

¹⁴¹ Assim, *ibid*, p. 119; Taipa de Carvalho, «Prevenção, culpa e pena. Uma concepção preventivo-ética do direito penal», p. 321.

¹⁴² Este distanciamento propositado é facilmente demonstrável quando se verifica que o art. 2.º do seu Anteprojeto de 1963, da autoria de EDUARDO CORREIA, e que dispunha que “*Quem age sem culpa não é punível. A medida da pena não pode exceder essencialmente a da culpa do agente pelo seu facto ou pela sua personalidade criminalmente perigosa*”, não foi consagrado no diploma.

¹⁴³ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 77. Para uma análise da versão originária do CP de 1982 no que concerne à culpa, a prevenção e a medida da pena, José Sousa e Brito, «Medida da Pena no novo Código Penal», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia III* (1984), p. 555 e ss.

perdendo força, dando lugar a uma concepção ético-preventiva da pena. Concepção que, com a Reforma de 1995 do CP de 1982, e no que tange às exigências de prevenção e à sua relação com a culpa, vai ainda mais longe.

3.2.1.2. Posição atual

Figueiredo Dias, pelo contrário, considerava que o pretérito CP de 1982 propugnava por uma pena exclusivamente preventiva¹⁴⁴ e, por isso, quando, enquanto Presidente da Comissão Revisora de 1991, promoveu a introdução de um preceito expresso sobre as finalidades das penas, pretendia que este preceito fosse a bússola de uma jurisprudência que, no momento de determinação da medida da pena, se achava perdida¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

O preceito a que nos referimos é o art. 40.º, CP, que ainda hoje mantém o texto inicialmente proposto pela Comissão Revisora e que dispõe que “*a aplicação das penas e das medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade*” (n.º 1) e “*em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa*” (n.º 2)¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Jorge de Figueiredo Dias, «Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito penal português do Futuro», *Revista da Ordem dos Advogados* 43, janeiro/abril (1983), p. 28 e ss.; Jorge de Figueiredo Dias, «O Código Penal Português de 1982 e a sua Reforma», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993), p. 172 e ss.

¹⁴⁵ Neste sentido, vejam-se as Atas e Projeto da Comissão Revisora, Ministério da Justiça, 1993, p. 13; Anabela Miranda Rodrigues, «Sistema punitivo português - Principais alterações no Código Penal revisto», *Revista Sub Judice* jan/junho, n. 11 (1996), p. 27 e ss., aponta, também, um “grave *défice de aplicação*” do CP de 1982, em matéria de escolha e medida da pena. Alguma jurisprudência considerava que o procedimento correto de determinação da medida da pena seria o de utilizar, “*como ponto de partida, a média entre os limites mínimo e máximo da pena correspondente, em abstrato, ao crime*”, que seria agravada ou atenuada consoante a culpa do agente. Assim, e para levantamento de alguma jurisprudência neste sentido, veja-se o Ac. de 17/07/2010, Proc. 408/08, do STJ.

¹⁴⁶ Estamos em crer, no entanto, que, mais do que uma bússola, o referido preceito pretendeu alterar o modelo de determinação da medida da pena em vigor. Concordamos com Lourenço Martins, *Medida da Pena - Finalidades e Escolha. Abordagem Crítica de Doutrina e de Jurisprudência.*, p. 35, quando este afirma que, ao contrário do afirmado por Figueiredo Dias, o CP de 1982 não consagrava, nem implicitamente, o modelo de prevenção. Considerando, também, que foi operada uma verdadeira reforma ao CP, Maria Fernanda Palma, «As alterações reformadoras da parte geral do CP na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva», em *Casos e Materiais de Direito Penal*, 3.ª Ed. (Almedina, 2009), p. 31.

¹⁴⁷ Este preceito foi percebido como uma forma de solucionar por via legislativa a questão dogmática dos fins das penas e, por isso, vivamente criticado por certos autores. Apesar de se pretender que o art. 40.º, n.º 1 e 2, em conjunto com o art. 71.º, n.º 1, atuasse como um guia da jurisprudência, a Comissão Revisora afirmou que não se tratava uma imposição de um modelo, mas sim de alcançar uma maior clareza no problema das finalidades da pena, não obstante constituir o modelo “*que melhor combina critérios da culpa e da prevenção*”. Assim, Lourenço Martins, *Medida da Pena - Finalidades e Escolha. Abordagem Crítica de Doutrina e de Jurisprudência*, p. 35 e o Projeto de Preâmbulo do Decreto-Lei contendo as alterações do

Da leitura deste preceito depreende-se que o fundamento da pena já não reside na culpa, mas sim nas exigências de prevenção, geral e especial, que a legitimam. A culpa desempenha, agora, o importantíssimo papel de pressuposto (*conditio sine qua non*) e de limite máximo inultrapassável da pena. Ao limitar o fim preventivo da pena com o juízo da culpa, o legislador consagra uma concepção preventiva-ética da pena e evita as críticas de desconsideração da pessoa humana que são habitualmente apontadas às teorias de prevenção, puramente utilitárias.

A consagração deste preceito só foi possível devido à estabilização da democracia e à consolidação do Estado de Direito¹⁴⁸ que tornou urgente não só a adoção de um programa político-criminal expresso que guiasse o juiz no momento da determinação da pena, como ainda permitiu o corte definitivo das amarras que prendiam o direito penal à moral social, ficando este ramo do Direito incumbido, tão só, de proteger bens jurídicos penalmente relevantes.

Estamos, agora, perante um “*direito penal teleologicamente orientado*”, “*hetero-legitimado*”, e já não “*ideológico, teocrático, metafísico ou mesmo só retributivo e cuja pena dá ocasião a um “acontecimento metafísico”*”¹⁴⁹. A secularização do Direito Penal permitiu o florescimento da influência da política criminal na dogmática penal, passando a estabelecer-se uma unidade funcional entre as duas, permitindo a “*coordenação dialéctica entre norma jurídica e realidade social*”¹⁵⁰. A política criminal orienta a norma penal¹⁵¹ e é através desta orientação que se ajuíza da legitimidade e necessidade da intervenção penal.

Assim, se a política criminal orienta a norma penal, tal significa que esta é trans-sistemática relativamente ao Direito Penal. Contudo, a situação difere quanto ao sistema

Código Penal, no seu ponto n.º5. O Preâmbulo do DL n.º 48/95 refere-se, também, ao problema, e afirma que não pretende “*invadir um domínio que à doutrina pertence.*” Contra a inclusão deste artigo, veja-se José Brito e Sousa, «Os fins das penas no Código Penal», em *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Colóquio Internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin* (Universidade Lusíada, 2002), p. 160 e ss.

¹⁴⁸ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 77.

¹⁴⁹ Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*, p. 254.

¹⁵⁰ *Ibid*, p. 245.

¹⁵¹ No mesmo sentido, realçando a importância da política criminal não contradizer a “*vinculação ao Direito*”, Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal* (Hammurabi, 2002), p. 49. Nas palavras do autor, o Direito Penal “*é a forma através da qual as proposições de fins político-criminais se vazam no modus da validade jurídica (en módulos de vigencia jurídica).*” (*ibid*, p. 101) (traduções nossas).

jurídico-constitucional, do qual emana a concepção de Estado, e perante o qual a política criminal se apresenta como intra-sistemática¹⁵².

Devido a este posicionamento da política criminal perante o sistema constitucional, impõe-se a conclusão de que é este último sistema que baliza a atuação da política criminal, seja no “*quê*”, no “*se*” ou no “*como*” da punição¹⁵³. O art. 18.º, n.º 2 CRP, segundo o qual as restrições aos direitos, liberdades e garantias devem “*limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*” é um preceito chave no que tange à justificação e legitimação da punição, pois, se por um lado autoriza o Direito Penal a recorrer ao seu arsenal sancionatório gravoso, limitador de direitos, por outro lado certifica-se que este arsenal apenas é utilizado na medida do necessário, isto é, no mínimo considerado indispensável¹⁵⁴.

Esta visão minimalista e voltada para o fim do *ius puniendi* estadual implica que a sua atuação contribua, “*em último termo, (para) a realização mais livre possível da personalidade de cada um enquanto indivíduo e membro da comunidade.*” E, “*se assim é, então também a pena criminal – na sua ameaça, na sua aplicação concreta e na sua execução efetiva – só pode perseguir a realização daquela finalidade, prevenindo a prática de futuros crimes.*”¹⁵⁵

¹⁵² Figueiredo Dias, «Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito penal português do Futuro», p. 12, que seguimos neste ponto.

¹⁵³ Ibid, p. 13 e ss., sobre cada um dos pontos referidos.

¹⁵⁴ A carência de tutela penal constitui o vetor positivo de legitimação da criminalização de condutas e é aferida através de um complexo juízo constituído por diferentes patamares. O primeiro patamar consiste na averiguação da idoneidade do direito penal enquanto modo de prevenir as manifestações de danosidade social, isto é, se o direito penal se revela adequado para salvaguardar o bem jurídico em causa. O segundo patamar coloca a questão de saber se, apesar do recurso ao direito penal se revelar concretamente idóneo, se este será necessário, ou seja, se não existem outros meios menos restritivos da liberdade e igualmente aptos para garantir a tutela do bem. A estas considerações acresce, ainda, que “*os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa “justa medida”, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos.*” (J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada. Volume I* (Coimbra Editora, 2007), p. 392 e 393). O juízo de aferição da carência de tutela penal decorre do princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição de excesso, composto pelos três subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. De forma breve, o subprincípio da adequação pretende averiguar da existência de uma “*relação de causalidade positiva entre o meio e o fim*”, isto é, se aquele meio, independentemente de ser ou não o mais eficiente, se demonstra capaz de alcançar o fim proposto. O subprincípio da necessidade, por sua vez, destina-se a apurar se a medida legislativa em causa não se revela excessiva, “*fútil*”. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige um “*(...) juízo de ponderação entre o grau de importância do bem jurídico e da danosidade social em comparação com a importância do direito restringido e grau da sua restrição penal.*” (Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização* (Porto: Universidade Católica, 1995), p. 236)

¹⁵⁵ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 78.

Ora, aqui chegados, cumpre questionar de que modo é que a pena satisfaz as exigências de prevenção que o texto constitucional lhe impõe. Para avançarmos com uma resposta, recuperamos não só o referido art. 40.º do CP, como atentamos, ainda, no art. 71.º CP, que estipula que “*a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção*”¹⁵⁶.

No ordenamento jurídico-penal português, e no que tange às suas finalidades, a pena possui duas faces, uma voltada para a comunidade, enquanto espetadora do crime, e outra voltada para o condenado, enquanto ator do crime. Daqui resulta que as exigências preventivas seguem dois sentidos, isto é, detêm dois destinatários distintos, pelo que cada uma destas exigências desempenha um papel diferente na determinação da medida da pena.

A finalidade primordial da pena, bem como o ponto de partida na sua determinação, é a prevenção geral positiva ou de integração (art. 40.º, n.º 1, 1.ª parte CP). A pena tutela prospetivamente os bens jurídico-penais que carecem de proteção penal, o que permite a manutenção e reforço da confiança, por parte da comunidade, na validade e na força de vigência das normas vertidas no ordenamento jurídico-penal, restabelecendo, deste modo, a paz jurídica comunitária abalada pela prática do crime¹⁵⁷.

Pretende-se, portanto, e como já referido aquando da análise da teoria da prevenção geral positiva¹⁵⁸, que a comunidade apreenda quais os bens jurídicos penalmente tutelados, que exercite a sua confiança no Direito e que, no final do processo, sinta que, não obstante a violação de certo jurídico no passado, este, em geral, continuará a ser protegido pelo Direito Penal no futuro.

Existem, no entanto, abaixo do ponto ótimo de tutela das expectativas comunitárias – isto é, abaixo do ponto em que os três efeitos enumerados anteriormente se fazem sentir com maior força –, outros pontos de tutela nos quais estes efeitos ainda se produzem eficazmente. Entre o ponto máximo e o ponto mínimo – isto é, o ponto abaixo do qual

¹⁵⁶ O art. 40.º estipula as finalidades da punição, ao passo que o art. 71.º define como determinar a medida da pena. A análise deste último preceito contribui para um entendimento completo dos fins da pena no ordenamento jurídico-penal português. O modelo de determinação da medida da pena constitui um “*puro derivado*” da posição adotada na matéria e é, por isso, uma concretização da indicação dada pelo art. 40.º, CP. Figueiredo Dias, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, p. 215. No mesmo sentido, Anabela Miranda Rodrigues, «O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 12, n. 2 (2002), p. 147 e 155, afirmando que “*as questões fundamentais do processo de determinação da medida da pena (...) têm implícita a resolução na forma por que se compõem as finalidades da pena.*”

¹⁵⁷ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral.*, p. 79.

¹⁵⁸ *Supra*, ponto 3.1.2.1.

estes efeitos já não se fazem sentir e, por isso, já não há uma tutela efetiva de bens jurídicos – existem outros que, perspetivando o agente como Homem e já não como meio para obter um fim, permitem, também, tutelar satisfatoriamente as expectativas comunitárias e defender o ordenamento jurídico¹⁵⁹.

São, assim, as exigências de prevenção geral positiva que fornecem a moldura da prevenção¹⁶⁰, delimitada pelo ponto máximo e pelo ponto mínimo de tutela. Dentro desta moldura atuam as exigências de prevenção especial, e são estas que, em último termo, determinam o *quantum* concreto da pena.

Por força do disposto no art. 40.º, n.º 1, 2.ª parte, CP, é a prevenção especial *positiva* que detém a primazia neste momento de determinação concreta da pena e não a sua vertente negativa¹⁶¹. Pretende-se que a pena, tal como afirma a letra do art. 40.º CP, contribua para reintegração do condenado na sociedade, preparando-o, durante a execução da pena, para conduzir a sua vida longe do mundo do crime¹⁶², ou, por outras palavras, ressocializando-o¹⁶³. Não se pretende, nas palavras de TAIPA DE CARVALHO, “*uma espécie de “lavagem ao cérebro”*”, mas sim uma “*auto-adesão (...) à indispensabilidade social dos valores essenciais*”¹⁶⁴, prevenindo, por esta via, a reincidência.

Por outro lado, pretende-se que o sacrifício imposto ao agente, através da pena, o dissuada de reincidir, reforçando nele “*o sentimento da necessidade de se auto-ressocializar*”¹⁶⁵. Perante delinquentes não carentes de ressocialização, a prevenção especial negativa reveste a forma de pura advertência.

Poderia considerar-se, perante o acima descrito, que o problema das finalidades da pena e, bem assim, do jogo estipulado entre estas aquando da determinação do *quantum*

¹⁵⁹ Antunes, *Consequências Jurídicas do Crime*, p. 44

¹⁶⁰ As exigências de prevenção geral negativa não influem na determinação da medida da pena, sendo, apenas, efeitos eventuais e laterais que se podem fazer sentir dentro da moldura da prevenção geral positiva.

¹⁶¹ Reflexamente, cremos que existe, também, prevenção através da dissuasão, i. e., pela prevenção especial negativa. Parece-nos que a intimidação é conatural à pena, por força das suas características, e contribui para evitar a reincidência, embora seja uma finalidade reflexa e não primacial, não detendo peso autónomo na determinação da medida da pena.

¹⁶² Marques da Silva, *Direito Penal Português. A Teoria das Penas e Medidas de Segurança.*, p. 49.

¹⁶³ É necessário, porém, que se trate de um agente carente de ressocialização, circunstância que nem sempre verifica, como emblematicamente acontece com os criminosos de colarinho branco (“*white collar crime*”). Neste caso, serão as exigências preventivas especiais negativas que determinarão o *quantum* da pena, que funciona como uma advertência ao agente. Assim, José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade, «Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico», em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol I.* (Coimbra Editora, 1998), p. 359.

¹⁶⁴ Taipa de Carvalho, «Prevenção, culpa e pena. Uma concepção preventivo-ética do direito penal», p. 325. Já nos havíamos referido a esta questão *supra*, ponto 3.1.2.2..

¹⁶⁵ *Ibid*, p. 325.

concreto da pena, estaria já resolvido. No entanto, falta, ainda, referir-nos a uma questão crucial no modelo português, mormente a questão do papel da culpa na determinação da pena.

O nosso modelo, como já referimos, é um modelo de prevenção, baseado em considerações utilitaristas, mas que, simultaneamente, detém fortes ligações com a concepção de Estado vigente e com a Constituição. Devido a esta ligação, aos olhos do ordenamento jurídico-constitucional, seria sempre recusável um modelo que punisse o Homem delinquente sem ter em consideração a sua dignidade, ou, de forma mais incisiva, sem considerar a culpa deste na prática do facto ilícito típico.

O princípio da culpa – segundo o qual não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa – funciona como uma “*incondicional proibição de excesso*” da punição, estabelecendo “*o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de Direito democrático*”¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 82 e 83. O art. 3.º, n.º 3 da CRP consagra o princípio da constitucionalidade, que, em termos sucintos, faz depender a validade das leis (sem prejuízo de abarcar não só atos normativos como os restantes atos do Estado, sobre a questão veja-se Gomes Canotilho e Moreira, *Constituição da República Anotada. Volume I*, p. 217) da sua conformidade com a Constituição, que se afirma, deste modo, como Lei Fundamental da ordem jurídica. A fiscalização da constitucionalidade compete ao TC, sem prejuízo do art. 204.º, CRP, que consagra o princípio da fiscalização judicial da constitucionalidade, que implica que todos os tribunais, no ordenamento jurídico português, funcionem como órgãos da justiça constitucional. Uma das consequências da vinculação das leis à CRP traduz-se na impossibilidade de estas contrariarem, materialmente, princípios e preceitos constitucionais, sob pena de serem declaradas desconformes à Constituição e, destarte, inválidas. Se atentarmos na chamada “Constituição Penal”, verificamos que esta consagra um conjunto de regras e princípios-garantia, quer explícita, quer implicitamente, que enformam e legitimam o *ius puniendi* estadual. Neste ponto, afigura-se relevante relembrar que o parâmetro constitucional utilizado para controlar a conformidade das leis é a ordem constitucional global, mais vasta que a constituição escrita, englobando tanto as normas e princípios escritos das leis constitucionais, como os “*princípios reconduzíveis a uma densificação ou revelação específica de princípios constitucionais positivamente plasmado*”. (J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição (Almedina, 2003), p. 920). O princípio da culpa enquadra-se no segundo grupo referido, decorrendo do art. 1.º e art. 25.º, n.º 1 CRP e integrando o “bloco de constitucionalidade”, sendo um dos parâmetros de controlo da constitucionalidade das normas penais. Assim, e para referências jurisprudenciais, Maria João Antunes, «A Constituição e os princípios penais», em *Conferência Trilateral Itália/Espanha/Portugal* (Tribunal Constitucional, 2011), p. 13; Maria João Antunes, «Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional», *Revista Julgar*, n. 21 (2013), p. 96. O referido princípio exprime-se em três níveis distintos: (i) veda a incriminação de condutas sem ressonância ética, (ii) impede a responsabilidade objetiva, e (iii) obsta à punição sem culpa e à punição que exceda a medida da culpa (Ac. n.º 426/91 do TC).

As exigências preventivas, sejam de que ordem forem, não podem, como vimos em momento oportuno, ser levadas até ao seu extremo, sob o risco de objetificar o agente¹⁶⁷. O agente não pode ser utilizado como um exemplo para a restante comunidade, como um ser carente de (re)socialização forçada ou como um sujeito que deve ser intimidado.

O art. 40.º, n.º 1 e 2 e o art. 71.º, n.º 1 do CP afirmam-se, portanto, como preceitos chave para deslindar a posição do legislador português na controvérsia dos fins da pena e na atribuição de papéis a cada um destes, devendo a sua leitura ser conjunta.

O art. 40.º resume o programa político-criminal português em três proposições nucleares, a saber: (1) o Direito Penal é um direito de proteção de bens jurídicos, (2) a culpa é pressuposto e limite inultrapassável da pena, mas não seu fundamento¹⁶⁸, e (3) a (re)socialização é a finalidade última da aplicação da pena¹⁶⁹.

O art. 71.º, n.º 1, por sua vez, quando afirma que “*a determinação da medida da pena (...) é feita em função da culpa*”, reporta-se ao estabelecimento da culpa do agente como limite e pressuposto – e não como fundamento – da pena, e quando afirma que esta determinação se encontra dependente, também, das exigências de prevenção, refere-se ao modelo de prevenção ditado pela moldura da prevenção geral positiva, dentro da qual atuam as exigências de prevenção especial.

3.2.2. E as pessoas coletivas?

Aqui chegados, é tempo de, novamente, voltar a nossa atenção para as pessoas coletivas, enquanto sujeito objeto do nosso trabalho, e questionar se, e de que forma, é que as diretrizes contidas no art. 40.º, n.º 1 e 2 e art. 71.º, n.º 1 do CP se repercutem neste sujeito, isto é, se as finalidades apontadas e o jogo que se estabelece entre estas é idêntica.

O programa político-criminal plasmado no art. 40.º, CP é produto da Reforma de 1995 do Código Penal e, nessa data e tal como referimos num momento inicial do trabalho,

¹⁶⁷ Neste sentido, veja-se o Ac. n.º 426/91 do TC, segundo o qual o princípio da culpa “*deriva da essencial dignidade da pessoa humana, que não pode ser tomada como simples meio para a prossecução de fins preventivos*”. Esta, como vimos, é uma das principais críticas avançadas pelos partidários das teorias retributivas da pena.

¹⁶⁸ Em sentido contrário, Palma, *Direito Penal. Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Princípio da legalidade: interpretação da lei penal e aplicação da lei penal no tempo*, p. 87 e ss., considera que, atualmente, a culpa é, também, fundamento da pena.

¹⁶⁹ Miranda Rodrigues, «O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena», p. 155

a RPPC era uma ideia marginal, apenas admitida enquanto exceção à regra da responsabilidade penal das pessoas singulares, no plano do direito penal secundário.

De facto, à semelhança do que vimos suceder com os seus antecessores, no Código Penal atualmente vigente, tanto a teoria do delito como a teoria da pena foram tecidas a pensar na pessoa singular, física, que, ao não se conformar com as exigências ético-sociais consideradas indispensáveis à vida em comunidade¹⁷⁰ e atuar contra estas, revela culpa jurídico-penalmente relevante.

A pessoa coletiva, apesar de radicar num substrato humano, não se confunde com a pessoa humana, pelo que, mesmo admitindo uma equiparação formal entre o sujeito singular e o sujeito coletivo – no sentido em que ambos constituem centros de imputação jurídica autónomos, com direitos e deveres próprios (art. 12.º, n.º 2 CRP) – estes sujeitos serão sempre, pela natureza das coisas, materialmente distintos. Apesar da dita diferença material, o legislador de 2007, ao consagrar as pessoas coletivas e entidades equiparadas como novos sujeitos do direito penal primário, manteve incólumes as disposições de um Código Penal antropocentrista, entre as quais o art. 40.º CP e o art. 71.º CP.

A manutenção do art. 40.º CP, que se localiza na Parte Geral do referido Código, acompanhada pela ausência de um critério norteador expresso¹⁷¹ no que toca a quais as finalidades das penas aplicáveis à pessoa coletiva, leva a presumir que o legislador entende que se deve operar uma mera transposição analógica das finalidades propugnadas para a pessoa singular, mormente a prevenção geral positiva e a prevenção especial positiva.

Este entendimento presumido do legislador português é também demonstrável mediante a análise dos diplomas avulsos que, já em data anterior a 2007, previam a RPPC. À semelhança do que acontece com as disposições do direito penal primário, também estes nada dizem sobre as finalidades das penas aplicáveis a estes entes, deixando o aplicador do direito no vazio e obrigando-o a recorrer aos princípios gerais do Direito Penal.

Cremos, porém, e como iremos ver, que esta posição do legislador português se afigura criticável, uma vez que, estando em causa sujeitos diferentes – a pessoa singular enquanto ser livre, capaz de ação e de culpa e a pessoa coletiva enquanto ficção jurídica composta pela conjunção plúrima de vontades –, a extensão analógica das finalidades da pena previstas no art. 40.º às pessoas coletivas será, no mínimo, questionável.

¹⁷⁰ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 522.

¹⁷¹ No mesmo sentido, Reis Bravo, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, p. 84 e 85.

Em Portugal, o problema foi ignorado tanto pelo legislador, que, nem na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X, de 7 de Setembro, que gerou a Lei n.º 59/2007¹⁷², de 4 de setembro, se refere ao mesmo, tanto pela doutrina, que, focada em contornar os problemas colocados pela incapacidade de ação e de culpa da pessoa coletiva, esqueceu-se de questionar, afinal, com que finalidade se pune a pessoa coletiva¹⁷³. Este esquecimento, propositado ou não, é de condenar, pois é a finalidade da pena que dita o objetivo do Direito Penal, ou que – numa palavra – a legitima, convertendo “*a violência punitiva em Direito Penal*”¹⁷⁴.

O cenário que descrevemos não é, todavia, partilhado com outros países que preveem a responsabilidade das pessoas coletivas. Em Espanha, onde, curiosamente, encontramos um modelo de responsabilidade idêntico¹⁷⁵ ao português, existe um intenso

¹⁷² Victor de Sá Pereira e Alexandre Lafayette, *Código Penal. Anotado e comentado*, 2.ª Ed. (Quid Juris, 2014), p. 104.

¹⁷³ Em sentido semelhante, alertando para a necessidade de densificar o conteúdo dos critérios de determinação da medida da pena à luz das pessoas coletivas, Brandão, «O Regime Sancionatório das Pessoas Coletivas na Revisão do Código Penal», p. 5 e 6.

¹⁷⁴ Tradução nossa de Franz Von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal* (Editorial Edeval, 1994), p. 63.

¹⁷⁵ O Código Penal espanhol (Lei Orgânica de 10/1995, de 23 de novembro) consagra e regula, nos art. 31 *bis* a 31 *quinquies*, a RPPC. A consagração da responsabilidade das pessoas coletivas deu-se em 2010 (com a Lei Orgânica 5/2010, de 23 de junho) que, desde então, já foi alterada e complementada pela Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março. O art. 31 *bis* dispõe que as pessoas coletivas serão penalmente responsáveis pelos “*delitos cometidos em seu nome ou na sua conta, e em seu benefício direto ou indireto, por representantes legais ou por aqueles que atuando individualmente ou como integrantes de um órgão da pessoa coletiva, estão autorizados para tomar decisões em nome da pessoa coletiva ou ostentam faculdades de organização e controlo dentro da mesma*” e pelos “*delitos cometidos, no exercício de atividades sociais e por conta e em benefício direto ou indireto das mesmas, por quem, estando submetidos à autoridade das pessoas físicas mencionadas no parágrafo anterior, puderam realizar os factos devido ao incumprimento grave de aqueles dos deveres de supervisão, vigilância e controlo da sua atividade atendendo às concretas circunstâncias do caso.*” (tradução nossa da alínea a) e b) do n.º 1 do art. 31 *bis*, respetivamente). Não obstante os artigos que seguem este preceito regularem de forma mais pormenorizada a RPPC - consagrando, inclusive, a possibilidade de atenuação ou isenção da responsabilidade da pessoa coletiva mediante a verificação de certos pressupostos -, constatamos que as alíneas citadas são idênticas ao regime plasmado no art. 11.º, n.º 2, a) e b) do CP. As únicas diferenças prendem-se com os requisitos exigidos (sobre isto veja-se *supra*) e, atentando na alínea b), verificamos que a letra do preceito espanhol é mais exigente que a do nosso art. 11.º, n.º 2, al. b), embora a interpretação da doutrina e da jurisprudência tenha vindo a suprir a imprudência do nosso legislador, como referido, também, *supra*. Apesar da Reforma de 2015 do CP espanhol ter tido como principal móbil o fim do modelo de heterorresponsabilidade, grande parte da doutrina entende que nada mudou na orientação seguida pelo legislador espanhol. (A título de exemplo, veja-se Miriam Cugat Mauri, «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance», *Estudios Penales y Criminológicos XXXV* (2015), p. 957). A referida Reforma de 2015 se, por um lado, colocou na ribalta os programas de prevenção de delitos, por outro lado, aumentou o círculo de pessoas físicas suscetíveis de desencadear a RPPC, mantendo-se a responsabilidade da pessoa coletiva dependente destas. A Circular 1/2016, da *Fiscalía General del Estado* considera que o art. 31 *bis* alberga o modelo de heterorresponsabilidade, de tipo vicarial, pois tanto a al. a) como a b) consagram nada mais que pressupostos que permitem atribuir a responsabilidade penal da pessoa física à pessoa coletiva, à semelhança do sustentado na Circular 1/2011, relativa à LO 5/2010. A Circular considera que a relevância dada aos programas de prevenção de delitos é uma forma de contornar as críticas de responsabilidade objetiva apontadas ao modelo consagrado, não constituindo nem o fundamento de

debate doutrinal em torno da questão¹⁷⁶, pelo que, para tomar uma posição crítica face ao problema das finalidades da pena na pessoa coletiva, iremos, nas páginas seguintes, sustentar-nos, em grande medida na doutrina espanhola, dada a proximidade referida dos modelos de RPPC consagrados nos dois ordenamentos.

3.3. As finalidades da pena e as pessoas coletivas

Sabemos já que as teorias da pena, sem exceção, foram edificadas para justificar e legitimar a aplicação da pena na pessoa singular. Sabemos também, que, hoje, o Direito Penal se encontra em franca expansão, punindo não só as pessoas singulares como também as pessoas coletivas. Vimos igualmente qual a posição seguida pelo ordenamento jurídico-penal português em matéria de fins das penas e concluímos que a pena é exclusivamente preventiva, conjugando-se exigências de prevenção geral positiva e de prevenção especial, estando estas exigências, não obstante, sempre limitadas pelo princípio da culpa.

Vimos, também, que, com a Reforma de 2007 e a inclusão deste novo sujeito jurídico-penal, os art. 40.º e art. 71.º CP se mantiveram inalterados, o que conduz à presunção de que, para o legislador, estes se mantêm como os preceitos chave em matéria de penas, inclusive relativamente às pessoas coletivas¹⁷⁷.

imputação da responsabilidade à pessoa coletiva nem definindo a culpa da empresa. Nós acrescentamos, ainda, que é um preceito que pretende incentivar a autorregulação da empresa, e que, tal como sustenta a Circular (p. 54), a chave deste incentivo reside no “*inequívoco compromisso e apoio da alta direção da empresa*” (tradução nossa), na lógica do “*stick and carrot*”. Curiosa é, no entanto, a decisão do TS 221/2016, de 16 de março, que, apesar de considerar que o art. 31 *bis* consagra um modelo de autorresponsabilidade fundado no defeito organizacional dos modelos de prevenção de delitos, apenas considera indiscutível que a responsabilidade das pessoas coletivas é, efetivamente, penal, admitindo que o preceito seja interpretado quer no sentido da autorresponsabilidade como da heteroresponsabilidade.

¹⁷⁶ Deve sublinhar-se, no entanto, que este debate foi despoletado pelo facto de o atual art. 33.7 do CP espanhol, que identifica as penas aplicáveis às pessoas coletivas, ser idêntico ao anterior art. 129 do mesmo Código, que previa as chamadas “consequências acessórias” aplicáveis às pessoas coletivas. A natureza destas “consequências” foi alvo de discussão pela doutrina. Sobre o preceito veja-se Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, p. 574 e ss. Hoje, as consequências acessórias são aplicadas a entidades sem personalidade jurídica. O interesse na questão das finalidades das penas das pessoas coletivas em Espanha deve-se, ainda, ao facto de estas deterem um regime distinto de determinação e individualização judicial (veja-se *supra*), acrescido do facto de, no ordenamento jurídico-penal espanhol, não existir um preceito guia, na linha do nosso art. 40.º CP.

¹⁷⁷ Presunção reforçada pela remissão do art. 90.º-B, n.º 4 do CP para o art. 71.º, n.º1 CP.

Parece-nos, no entanto, inegável que os preceitos referidos devem ser adaptados e interpretados de acordo com a realidade específica que constitui a pessoa coletiva¹⁷⁸. Apesar de, anteriormente, afirmarmos que “*não propugnamos pela (quase) equiparação que é sistematicamente realizada, a nível penal, entre a pessoa singular e coletiva*”¹⁷⁹, não cremos que entramos em contradição ao adaptar as teorias da pena – originariamente desenhadas para a pessoa singular – às pessoas coletivas.

Criticamos, isso sim, o facto da lei não ter sido adaptada às especificidades da pessoa coletiva, tendo-se o legislador limitado a inserir a RPPC num Código Penal antropocentrista e a dispensar-lhe um tratamento quase equiparável ao das pessoas singulares. A tentativa da adaptação das teorias da pena parte, de facto, das teorias “originais” – isto é, das teorias concebidas para as pessoas singulares – mas, depois, dá um passo em frente, albergando no seu seio as diferenças para com as pessoas coletivas e, por isso, adaptando as teorias “base” da pena a uma nova realidade, adaptação crucial e que passou ao lado do legislador de 2007.

É, portanto, ao esforço de adaptação das teorias da pena às pessoas coletivas que nos vamos dedicar neste ponto. Esta análise irá permitir-nos, na parte seguinte do presente texto, confrontar a (presumida) posição do legislador quanto aos fins das penas das pessoas coletivas com as penas principais previstas para estes sujeitos¹⁸⁰ e, de seguida, concluir pela coerência ou incoerência das penas principais previstas e a sua (presumida) finalidade.

3.3.1. A teoria retributiva e o princípio da culpa

No ponto 3.1.1. observámos que a teoria da retribuição foi, aos poucos, perdendo relevo enquanto teoria legitimadora da pena e, no ponto 3.2., como o legislador português foi acompanhando este abandono progressivo no ordenamento português. Fará sentido este caminho para as pessoas coletivas? Ou deveria a pena aplicável à pessoa coletiva alicerçar-se em considerações retributivas?

¹⁷⁸ Considerando as diferentes finalidades da pena adaptáveis às pessoas coletivas e colocando o ênfase no tipo de pena a aplicar, António Simões de Carvalho, «A responsabilidade penal das pessoas coletivas» (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1934), p. 105 e ss.

¹⁷⁹ *Supra*, p. 37 da presente dissertação.

¹⁸⁰ Penas que analisamos *supra*, no ponto 1.3. do trabalho.

Estamos em crer que, em relação às pessoas coletivas, conceitos como “retribuição”, “expição” e “compensação” do mal cometido através do crime, se encontram despojados de qualquer sentido. Tal afirmação deve-se à circunstância de, nas célebres palavras de EDWARD THURLOW, a pessoa coletiva “*has no soul to be damned, and no body to be kicked*”¹⁸¹, pelo que nunca poderia, através do sofrimento que implica a aplicação de uma pena, pagar pelo crime cometido¹⁸².

Para se realizar a dita Justiça é necessário, ainda, que sujeito que comete o crime coincida com o sujeito que sofre a pena. É esta coincidência que permite que à pena infligir sofrimento e que permite equiparar um mal a outro mal, coincidência que não pode nunca existir no domínio das pessoas coletivas, pelo menos no âmbito de um modelo de heterorresponsabilidade como o português.

A referência à necessidade de realização de Justiça nestes termos, face a um ente não auto-consciente¹⁸³, carece, portanto, de sentido. A base da teoria retributiva encontra-se, assim, destruída, pelo que não se pode adaptar, nem, conseqüentemente, edificar uma pena retributiva para uma pessoa coletiva¹⁸⁴. Afasta-se, portanto, a teoria retributiva enquanto fundamento da pena.

Não obstante este afastamento, e não esquecendo que o princípio unilateral da culpa encontra as suas raízes nas teorias retributivas da pena, é necessário questionar se o dito princípio, perante as pessoas coletivas, e à semelhança do que sucede com as pessoas singulares, vigora no nosso ordenamento.

¹⁸¹ Expressão emblemática que retirámos de Kip Schlegel, *Just Deserts for Corporate Criminals* (Northeastern University Press, 1990), p. ix (prefácio).

¹⁸² Neste sentido, Brent Fisse, «Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions», *Southern California Law Review* 56 (1983), p. 1167.; Silva Sánchez, «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho español», p. 33.

¹⁸³ Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.^a Ed. (Aranzadi, 2015), p. 36 e 37. Seja a retribuição em causa jurídica, religiosa ou ética.

¹⁸⁴ Em relação às pessoas coletivas, parece-nos que sempre foi pacífica a predominância das teorias utilitárias em detrimento da teoria retributiva. Neste sentido, Carlos Gómez-Jara Díez, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* (Editorial universitaria Ramón Areces, 2006), p. 32; Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, p. 104. No mesmo sentido, entre nós, Álvaro da Rodrigues Cunha Gomes, «As conseqüências jurídicas do crime nos delitos antieconómicos», *Direito e Justiça* XIII, n. II (1999), p. 250. Considerando defensável a finalidade retributiva da pena aplicável à pessoa coletiva, veja-se Gerhard Dannecker, «Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Penal*, n. 7 (2001), p. 49, e William S. Laufer e Alan Strudler, «Intencionalidad corporativa, retribución y variantes de la responsabilidad vicaria», em *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, ed. Carlos Gómez-Jara Díez (Aranzadi, 2006), p. 191 e ss. De sublinhar, ainda, que, Tiedemann, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas en Derecho Comparado», p. 32 chama a atenção para o facto de que, se se considerar possível admitir a existência de culpa autónoma, moral ou social, da pessoa coletiva, então, a ideia de retribuição pode surgir entre as finalidades da pena possíveis, pois passa a ser suscetível de ser reprovada moral ou socialmente.

Na esteira de FIGUEIREDO DIAS, entendemos que estamos perante culpa jurídico-penal quando “*o facto possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever-ser sócio-comunitário*”, quando o agente tiver “*que responder pelas qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade que fundamentam um facto ilícito-típico e nele se exprimem*”¹⁸⁵. O facto ilícito típico será, também, culposo, quando o facto for pré-determinado pela personalidade do agente – personalidade esta que foi construída pelo agente enquanto homem livre, em liberdade existencial¹⁸⁶ –, e for reprovável pelo consenso comunitário.

A culpa é, por conseguinte, um juízo de censura que pressupõe a liberdade e a autoconsciência do agente, características estas que são exclusivamente humanas. Esta noção de culpa não pode, portanto, ser utilizada para o sujeito do Direito Penal que estudamos¹⁸⁷, pois, se ao Direito é possível “*atribuir às pessoas coletivas a condição normativa de sujeitos, já não pode atribuir-lhes autoconsciência e liberdade*”¹⁸⁸.

Um dos principais obstáculos na consagração da RPPC é, portanto, a incapacidade de culpa das pessoas coletivas¹⁸⁹. Como se sabe, não há pena sem culpa e, portanto, sem culpa a responsabilidade penal não se efetiva. Existem, não obstante, inúmeras propostas doutrinárias que avançam com um conceito de culpa jurídico-penal próprio das pessoas coletivas¹⁹⁰, pretendendo, desse modo, contornar o problema.

¹⁸⁵ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 274 e 525, respetivamente, e Jorge de Figueiredo Dias, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, 3.ª Ed. (Coimbra Editora, 1995) p. 184.

¹⁸⁶ Assim, Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 525; Claus Roxin, «Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 59, n. 1 (1983), p. 12.

¹⁸⁷ Neste sentido, Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 21 e 151 e ss.; e alertando para a necessidade de adotar um conceito de culpabilidade que albergue as pessoas coletivas e que deixe para trás “*preconceitos antropocêntricos*”, Carlos Gómez-Jara Díez, «O conceito construtivista da culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 100, n. 21 (2013), p. 436 a 438.

¹⁸⁸ Tradução nossa. Jesús-María Silva Sánchez, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 Código Penal», em *Derecho Penal Económico. Manuales de formación continuada 14* (Consejo General del Poder Judicial, 2002), p. 333 *apud* Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, p. 156.

¹⁸⁹ Não nos vamos debruçar no problema do conceito de culpa das pessoas coletivas, que extravasa o objeto de estudo deste trabalho. De todo o modo, sobre este problema, e, também, sobre a questão da ação, veja-se Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 141 e ss.

¹⁹⁰ São exemplos: a “culpa por defeito de organização” (KLAUS TIEDEMANN) – embora, como explicado em momento oportuno, não consideremos esta proposta como uma proposta de pura autorresponsabilidade das pessoas coletivas –, a “culpa pelo caráter da empresa” (LAMPE) e a “culpa pela condução da atividade empresarial” (HEINE). Para uma análise destas propostas, Coelho Magalhães, «Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em direito penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo», p. 179 e ss.

No entanto, só será possível evitar as ditas contradições se o conceito de culpa jurídico-penal da pessoa coletiva for erigido no seio de um modelo de autorresponsabilidade da pessoa coletiva, no qual não exista a necessidade de intermediação de uma pessoa singular. Porém, o referido já não será possível perante um modelo de heterorresponsabilidade como o consagrado no art. 11.º, CP.

Para este último modelo, como referimos em momento oportuno¹⁹¹, a chave da imputação penal é a pessoa singular. Esta é a “*mão do ente coletivo que pratica o facto penalmente relevante*” e a “*consciência na qual buscamos a necessária dimensão de culpabilidade*”¹⁹², o que implica que, normativamente, se atribua a conduta e a culpa da pessoa física à pessoa coletiva.

Ora, num primeiro momento, tanto o facto com a culpa apreciados resultam da pessoa singular que estabelece com a pessoa coletiva uma relação funcional. Se este primeiro momento fosse, também, o último, regeria aqui, e por excelência, o princípio da culpa, protegendo a dignidade da pessoa humana e certificando-se que a pessoa não é objetificada em nome de exigências utilitárias.

Porém, existe um segundo momento, no qual a “*imputação penal à pessoa coletiva emerge como uma conclusão automática de prévias considerações, no plano da pessoa singular*”¹⁹³. Aqui, e, em especial, no momento da atribuição da culpa da pessoa singular à pessoa coletiva, afigura-se pertinente questionar se vigora – ou se, pelo menos, vigora nos mesmos termos – o princípio da culpa.

Ora, afirmar a possibilidade de aplicação de uma pena a uma pessoa coletiva é afirmar, concomitantemente, que existe culpa jurídico-penal envolvida, seja esta entendida de acordo com uma das “novas” propostas de culpa autónoma da pessoa coletiva, ou entendida como a culpa que brota da pessoa singular, à semelhança do nosso CP.

Mas, diferente de adequar o conteúdo da culpa à realidade específica da pessoa coletiva e, através dessa adequação, manter esta categoria dogmática como pressuposto da

¹⁹¹ *Supra*, ponto 2. 1. 1.

¹⁹² Coelho Magalhães, «Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em direito penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo», p. 165, que seguimos de perto neste ponto.

¹⁹³ *Ibid*, p. 167.

responsabilidade penal, é questionar se a culpa deve funcionar como limite da medida pena da pessoa coletiva¹⁹⁴.

Segundo o art. 40.º, n.º 2 CP a resposta a esta última questão é afirmativa, pois, dispondo o preceito que “*em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa*”¹⁹⁵, depreende-se que, devido à letra do artigo e à sua localização sistemática no Código Penal, estão aqui incluídas as penas aplicáveis às pessoas coletivas¹⁹⁶. Este entendimento é, ainda, reforçado pela remissão do art. 90.º-B, n.º 4 do CP (que consagra a pena de multa aplicável à pessoa coletiva) para o art. 71.º, n.º 1 CP¹⁹⁷, que, como vimos anteriormente, dispõe que a medida da pena tem que ter em consideração, também, a culpa.

Na nossa opinião, o facto da culpa da pessoa singular constituir pressuposto da responsabilidade penal da pessoa coletiva é, no mínimo, duvidoso¹⁹⁸, pois estamos, pura e simplesmente, perante uma responsabilidade penal gerada pela culpa de outrem. Mais do que isso, atrevemo-nos a afirmar que a responsabilidade penal que impende sobre a pessoa coletiva é, efetivamente, de outrem, visto que as diferentes categorias dogmáticas necessárias para originar a RPPC são preenchidas por referência a um sujeito que não a pessoa coletiva.

Seguimos, aqui, a linha de pensamento de SANTIAGO MIR PUIG¹⁹⁹, que, referindo-se ao art. 31 *bis*, n.º 1 do CP espanhol²⁰⁰, defende que este preceito, idêntico ao art. 11.º, n.º

¹⁹⁴ Aderimos à posição de FIGUEIREDO DIAS segundo a qual a culpa que releva para a medida da pena, para o princípio da culpa e enquanto elemento constitutivo do conceito do crime é a mesma. Assim, Jorge de Figueiredo Dias, «Sobre o estado atual da doutrina do crime», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2 (1992), p. 7 e ss.; em sentido contrário, Claus Roxin, «Culpa e responsabilidade», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1 (1991), 533 e ss.

¹⁹⁵ Sublinhado nosso.

¹⁹⁶ No mesmo sentido, Torrão, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*, p. 466.

¹⁹⁷ Considerando este artigo aplicável às pessoas coletivas, Teresa Quintela de Brito, «Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica», em *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2018, p. 69.

¹⁹⁸ Esta atribuição é (ou deveria ser) vedada pelo princípio da culpa, que impede a imposição de uma pena criminal a quem não seja culpado subjetivamente e pessoalmente pelo facto e, que, consequentemente erige a proibição de responsabilidade objetiva em direito penal, bem como o princípio de intransmissibilidade da pena. Como vimos, o princípio da culpa decorre do texto constitucional, pelo que, pela interpretação que fazemos do art. 11.º, n.º 2 CP, esta norma encontra-se constitucionalmente inquinada. Mir Puig, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad», p. 6. Não obstante, o Tribunal Constitucional tem concluído pela legitimidade constitucional da RPPC, em regra apoiado no pensamento analógico de Figueiredo Dias. Veja-se, a título de exemplo, o Ac. n.º 213/95, 214/95, 9/99 e 395/2003, todos do TC.

¹⁹⁹ *Ibid*, p. 3 a 9, autor que defende, inclusive, o abandono do princípio *societas puniri non potest*, mas não do princípio *societas delinquere non potest*. Semelhante, Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, p. 371 e ss.

²⁰⁰ Preceito que explicitámos *supra*.

2 do CP português, consagra a responsabilidade penal por delitos cometidos pelas pessoas singulares por conta e em proveito das pessoas coletivas e não de delitos cometidos por pessoas coletivas. Por isso, de acordo com o autor, ao estar em causa um facto cometido por uma pessoa singular, mas cuja responsabilidade recai na pessoa coletiva, existe, na verdade, responsabilidade objetiva por facto de outrem.

O autor defende esta posição quer perante a alínea a) do n.º 1 do art. 31 *bis*, quer perante a sua alínea b). A falta de controlo e de vigilância não deve ser entendida como uma falta originada pela pessoa coletiva, pois “*apenas podem exercer controlo ou omiti-lo as pessoas físicas*”²⁰¹.

É duvidoso, também, que essa mesma culpa, a culpa da pessoa em posição de liderança, possa limitar a medida da pena da pessoa coletiva e, bem assim, funcionar como um “*veto incondicional aos apetites abusivos*”²⁰² do *ius puniendi*.

É importante sublinhar, ainda, que, com a concepção de culpa defendida por FIGUEIREDO DIAS, é estabelecida uma relação de intimidade entre a culpa e as necessidades de prevenção geral positiva da pena. Com efeito, as exigências de prevenção geral positiva devem-se, em grande parte, ao grau de culpa revelado pelo agente na prática do facto, sendo raros os casos em que as necessidades de prevenção geral conflituam com o grau de culpa, situando-se acima destas necessidades. Não obstante a culpa e a prevenção geral positiva serem “*realidades diferentes, que possuem diferentes fundamentos e exercem funções diferenciadas dentro do sistema e dentro do problema das finalidades da pena*”²⁰³, parece-nos que “*a existência de culpa típica envolve, em princípio, uma necessidade punitiva*”²⁰⁴.

²⁰¹ Mir Puig, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad», p. 4. MIR PUIG chama a atenção, também, para a incoerência que seria exigir defender culpa própria da pessoa coletiva quando está em causa um crime praticado por um sujeito subordinado a quem detém uma posição de liderança mas já não quando estivéssemos perante um crime praticado por quem detém, efetivamente, uma posição de liderança, embora o referido autor discorde de ambas possibilidades.

²⁰² Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 83.

²⁰³ Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, p. 83. Num sentido diverso, GUNTHER JAKOBS, reduz, praticamente, o papel da culpa ao papel da prevenção geral. Para o autor, a culpa constitui um défice de fidelidade ao ordenamento jurídico, ao passo que a prevenção geral constitui a necessidade de restabilização contra-fáctica das normas violadas. Basta, portanto, que haja a violação de uma norma penal – que implica o quebramento da fidelidade devida ao ordenamento – para que se gerem expectativas comunitárias de restabilização dessa norma. Sobre a posição do autor, Gunther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (Marcial Pons, 1995), p. 8 e ss., p. 565 e ss.

²⁰⁴ Assim, Torrão, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*, p. 363, que seguimos de perto neste ponto.

O grau de culpa orienta, em parte, e em conjunto com a gravidade do facto²⁰⁵, as exigências de prevenção geral, e, bem assim, a necessidade da pena, uma vez que é também através do grau de culpa que se geram maiores ou menores expectativas comunitárias de proteção de bens jurídicos²⁰⁶. De facto, cremos que só através da compreensão do agente como homem livre que praticou certo facto ilícito típico é que a comunidade se consegue rever naquele facto e, através deste exercício de “revisão”, criar expectativas de punição²⁰⁷.

Independentemente dos subterfúgios conceituais que possam ser utilizados pela doutrina, parece-nos que o legislador português, na Reforma de 2007, com o art. 11.º, n.º 2 CP, passou a permitir uma modalidade de responsabilidade penal na qual o sujeito responsabilizado, que arca com a pena, não é o sujeito do qual brota a culpa jurídico-penal, culpa que atua como pressuposto e limite da sua punição.

A aplicação de uma pena a um sujeito do qual não brota a culpa²⁰⁸ coloca em risco as finalidades que tradicionalmente são apontadas a uma pena dotada de sentido preventivo, pelo menos, em relação à pessoa coletiva.

3.3.2. As teorias preventivas

A doutrina é consensual em refutar a pena, na pessoa coletiva, como um instrumento de realização de Justiça, e, por conseguinte, é, também, consensual em configurá-la como um instrumento que faz face a exigências preventivas, de corte utilitário, embora já não exista consensualidade quanto ao tipo de exigências preventivas que devem ser seguidas.

O principal argumento para sustentar os efeitos preventivos da pena face à pessoa coletiva que a “sofre” é a circunstância da vontade da pessoa coletiva ser construída a

²⁰⁵ Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*, p. 340 e p. 374 e ss., parece, pelo contrário, encarar que as exigências de prevenção geral positiva são guiadas, apenas, pela gravidade do facto cometido.

²⁰⁶ A relação de proximidade referida entre a culpa, a gravidade do facto e as exigências de prevenção geral é demonstrada, por ex., no instituto de dispensa da pena (art. 74.º, CP), que permite que “quando o crime for punível com pena de prisão não superior a 6 meses, ou só com multa não superior a 20 dias” (art. 74.º, n.º 1cp) e “quando a ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas” (art. 71.º, n.º 1, a) CP), entre outros requisitos, a pena não seja aplicada.

²⁰⁷ De forma semelhante, Claus Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal* (Reus, 1981), p. 181.

²⁰⁸ Tem apenas a culpa que lhe é atribuída no primeiro momento de imputação, segundo o modelo de heterorresponsabilidade consagrado.

partir dos seus membros, o que significa, então, que também os efeitos preventivos da pena podem ser construídos a partir desses²⁰⁹.

Face às teorias preventivas da pessoa coletiva, parece-nos que as principais críticas que se dirigem à pena preventiva pura na pessoa singular perdem alguma da sua força. Aqui cai o argumento da inviolável dignidade da pessoa humana, devendo exigir-se, no entanto, respeito pela personalidade jurídica da pessoa coletiva.

Como podem, então, ser interpretadas as exigências preventivas à luz das especificidades próprias das pessoas coletivas? Também aqui é necessário distinguir entre prevenção geral e especial, consoante a exigência preventiva se dirija à comunidade ou à pessoa coletiva, bem como entre as suas vertentes positiva e negativa. Iremos principiar a nossa análise pelas teorias de prevenção geral e, no momento seguinte, analisar as teorias de prevenção especial.

3.3.2.1. A prevenção geral

A pena será um instrumento de prevenção geral positiva quando, devido à sua aplicação, a comunidade sinta que a vigência da norma, quebrada pela prática do crime, foi restabelecida, contribuindo para reforçar a confiança da comunidade ao Direito²¹⁰⁻²¹¹.

²⁰⁹ Baucells Lladós, «Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», p. 179. Argumento que já não vinga face à teoria retributiva, por força da pessoalidade que pauta esta teoria, referida *supra*.

²¹⁰ *Ibid*, p. 177; Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, p. 112., autores que seguimos neste ponto.

²¹¹ No que toca à prevenção geral positiva enquanto finalidade da pena da pessoa coletiva, cumpre chamar a atenção para a posição de CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, defensor do modelo construtivista e com o qual se propõe a erigir um verdadeiro Direito Penal da pessoa coletiva, enquanto modelo paralelo, mas distinto, do Direito Penal da pessoa singular. Para o autor, tanto a pena aplicável à pessoa singular como a pena aplicável à pessoa coletiva seguem a finalidade de retribuição comunicativa ou, por outras palavras, pretendem o restabelecimento comunicativo da vigência da norma. Este restabelecimento, concomitantemente, implica o reforço da fidelidade ao Direito, reforço que, nas pessoas coletivas, se traduz na estimulação da autorregulação e, conseqüentemente, da autorresponsabilidade empresarial. A empresa é, portanto, estimulada a comportar-se de acordo com o Direito, enquanto cidadão corporativo fiel ao Direito, e, mediante o estímulo deste comportamento, a vigência das normas é reforçada. GÓMEZ-JARA DÍEZ traça uma relação estreita entre culpa e pena, sendo esta proposta apenas possível por força do entendimento de culpa empresarial propugnada pelo autor. A culpa empresarial é funcionalmente equivalente à culpa individual, alicerçando-se em três pilares fundamentais, a saber, a pessoa coletiva deve (1) poder “*gerar uma cultura empresarial de fidelidade ou infidelidade ao Direito*”, (2) que “*a referida cultura empresarial possa questionar gravemente a vigência das normas do ordenamento jurídico*” e (3) “*que se esteja a reconhecendo paulatinamente um mínimo de cidadania à empresa*”. O que, por sua vez, implica que a pena aplicável à pessoa singular e à pessoa coletiva sejam, também, funcionalmente equivalentes, embora distintas. Gómez-Jara Díez, «O conceito construtivista da culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas», p. 425 e ss.; Carlos Gómez-Jara Díez, «El modelo

No nosso entender, vigoram, aqui, de igual modo, as três funções apontadas *supra* à pena guiada pela prevenção geral positiva aplicável à pessoa singular, nomeadamente o efeito de aprendizagem, de exercício de confiança do direito e de pacificação da comunidade. Estes efeitos serão sentidos tanto pelo cidadão comum, como pelas restantes pessoas coletivas²¹², isto é, por quem dirige e toma decisões em nome da pessoa coletiva.

O efeito mais forte sentido pelo cidadão comum será o exercício de confiança no Direito e, conseqüentemente, a pacificação. Apesar deste tipo de cidadão não se rever nas ações perpetuadas no seio de uma pessoa coletiva – especialmente se esta for de grandes dimensões –, a aplicação de uma pena a estas entidades contribui para a diminuição da sensação de impunidade que existiria na ausência de aplicação de qualquer sanção.

Tal como explicámos aquando da enumeração dos diferentes motivos que contribuíram para a consagração da RPPC, um dos motivos mais fortes para a dita consagração, foi, sem dúvida, a existência de problemas de identificação e imputação de responsabilidade aos membros da pessoa coletiva. A pena da pessoa coletiva colmata esta lacuna de punibilidade, exercitando a confiança da comunidade no Direito e afirmando a vigência das normas jurídico-penais, censurando, através da aplicação da pena, ações que, por outra via, não seriam punidas e deixariam a comunidade descrente quanto à proteção de bens jurídicos penalmente relevantes quando a sua violação decorra num contexto coletivo.

Para as pessoas coletivas, o efeito que, em nosso ver, se sentirá com maior força, será o efeito de aprendizagem do ordenamento jurídico-penal. Estas, incentivadas pela percepção da existência de uma possibilidade real e séria de, perante a violação de um bem jurídico penal no seu ambiente corporativo, existir uma punição, sentem-se estimuladas a apreender quais os bens penalmente relevantes e as normas pelas quais devem pautar a sua atuação. Passam, assim, a querer adotar e incentivar uma cultura de fidelidade ao Direito no seu seio.

constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», em *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, ed. Carlos Gómez-Jara Díez (Aranzadi, 2006), p. 130 e ss.; Carlos Gómez-Jara Díez, «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel», *Política criminal* 5, n. 10 (2010), p. 459 e ss., Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 299 e 300, e, para desenvolvimentos de cada elemento fundamental da culpa empresarial, p. 258 e ss., 273 e ss., 285 e ss.

²¹² Considerando os efeitos de prevenção geral entre pessoas coletivas comparáveis aos exercidos frente a pessoas singulares, Dannecker, «Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», p. 49.

Por sua vez, a prevenção geral negativa pretende que a pena seja um instrumento dissuasor da “atuação” criminosa das restantes pessoas coletivas²¹³. Esta finalidade é propugnada pelos partidários da análise económica do Direito, que avançam com o chamado “modelo económico” da pena.

Este modelo nasce da premissa básica de que, apesar da pessoa coletiva, hoje, já não ser apenas um ator económico, continua a agir de acordo com a lógica custo/lucro²¹⁴, perda/benefício²¹⁵, e não de acordo com uma valoração do certo/errado. A atuação da pessoa coletiva pauta-se pela obtenção do máximo de lucro, pela maximização dos benefícios obtidos, e, por isso, quando viola uma norma penal, viola-a em nome de um maior lucro ou benefício. Aos olhos deste modelo, a pessoa coletiva não é influenciável por fins irracionais, como sucede com a pessoa humana, mas apenas pelo objetivo de maximizar o benefício obtido.

A decisão de violação da norma penal é influenciada pela maior ou menor probabilidade do crime ser descoberto e da pessoa coletiva ser condenada e, quanto maior for esta probabilidade, mais forte será o efeito dissuasivo da pena aplicável²¹⁶. Quando uma pessoa coletiva é condenada, significa que existe a probabilidade de outras pessoas coletivas conhecerem o mesmo destino, pelo que, mediante este cenário e analisando os custos que podem advir de uma condenação, os benefícios resultantes da prática do facto diminuem automaticamente ou, até, desaparecem. A pena atua como “*saldo negativo no cálculo de custo e benefícios*”²¹⁷ e é quando a pena pesa tanto no custo que se traduz em prejuízo para a empresa que esta se sente dissuadida de agir contra o Direito.

Por estes motivos, os defensores deste modelo consideram a pena de multa como a pena mais adequada a prevenir a delinquência empresarial, devendo a sua quantia consistir

²¹³ Defendendo que uma sanção que persiga esta finalidade é mais eficaz perante uma pessoa coletiva do que uma pessoa humana, Pamela H. Bucy, «Corporate Criminal Liability: When Does It Make Sense?», *American Criminal Law Review* 46, n. 1437 (2009), p. 1438.

²¹⁴ Assim, Christopher A. Wray, «Corporate Probation under the New Organizational Sentencing Guidelines», *The Yale Law Journal* 101 (1992), p. 2019 e ss.

²¹⁵ Sobre a análise económica das penas em geral, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, «El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal: es posible la disuasión?», em *Crisis Financiera y Derecho Penal Económico* (Editorial B de F, 2014), p. 115 e ss.

²¹⁶ Juan María Rodríguez Estévez, *Imputación de responsabilidad penal para la empresa* (Editorial B de F, 2015), p. 147.

²¹⁷ Tradução nossa, Baucells Lladós, «Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», p. 179.

no resultado de uma multiplicação do dano social ou receitas procedentes do delito por um coeficiente que expresse a possibilidade da pessoa coletiva vir a ser descoberta²¹⁸.

A pena, porém, apenas será dissuasiva se for efetivamente aplicada, não bastando a ameaça que resulta da sua previsão legal. Arriscamo-nos a afirmar, até, que quanto mais vezes se aplique uma sanção penal à pessoa coletiva por força de cometimento de um crime, mais dissuasória será esta sanção para as restantes pessoas coletivas, pois a probabilidade de existir condenação é elevada.

Para que exista este efeito dissuasório, parece-nos, ainda, que, sendo a pena de multa a pena por excelência da pessoa coletiva, não basta que esta tome a aplicação da pena como quase certa, é ainda necessário que o valor económico exigido pela multa seja adequado à dimensão da pessoa coletiva agente do crime e ao benefício resultante do delito cometido, sob pena do valor da multa ser percebido como irrelevante²¹⁹. Aliás, uma pena de multa guiada apenas por esta finalidade pode fixar um valor exemplar, atemorizando a comunidade.

Aponta-se, no entanto, que esta proposta peca pela excessiva racionalidade de que dota os entes coletivos²²⁰, que são retratados como “*delinquentes algebraicos*”²²¹. De facto, afigura-se discutível a consideração de que a pessoa coletiva é guiada por um juízo puramente racional, no qual sopesa custo/benefício, sem atentar em outros fatores²²².

Aponta-se, ainda, uma série de falhas associadas à defesa da pena de multa enquanto sanção penal primordial, por força do seu conteúdo pecuniário. A primeira falha a apontar será a chamada “*deterrence trap*”²²³, que chama atenção para as situações nas

²¹⁸ Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 281.

²¹⁹ Sem prejuízo, no entanto, do impacto reputacional que a aplicação de uma sanção de natureza penal terá no desenvolvimento da atividade do ente. Este facto não passou ao lado do legislador português que inclui enquanto pena acessória a publicidade da decisão condenatória (art. 90.º-M, CP). Embora esta pena seja, em regra, e por força do seu teor fortemente intimidativo e repressivo, considerada altamente eficaz enquanto meio de prevenção da atuação delitativa da empresa, veja-se, no entanto, as observações pertinentes de John C. Coffee, «“No Soul to Damn, No Body To Kick”: An Unscandalized Inquiry Into the Problem of Corporate Punishment», em *Corporate and white collar crime: an anthology*, ed. Leonard Orland (Anderson Publishing, 1995), p. 212 e 213, que explica o porquê desta sanção poder falhar na prática.

²²⁰ Assim, Adán Nieto Martín, «Autorregulación, compliance y justicia restaurativa», em *Autorregulación y Sanciones* (Lex Nova, 2008), p. 98, e Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 268 e ss., que seguimos de muito perto nesta questão.

²²¹ Expressão de ADÁN NIETO MARTÍN, *ibid*, p. 271.

²²² Colocando a descoberto que existem outros fatores que influenciam o comportamento empresarial, John C. Coffee, «Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions», *American Criminal Law Review* 17 (1980), p. 419 e ss.

²²³ A expressão “*deterrence*” provém do ordenamento norte-americano e constitui o equivalente europeu da teoria de prevenção, podendo, também, ser geral (“*general deterrence*”) ou especial (“*individual deterrence*”).

quais a pessoa coletiva é incapaz de pagar a multa, incapacidade que retira à pena o seu efeito preventivo²²⁴. Referimo-nos, em primeiro lugar, às pessoas coletivas em situação de insolvência, e, em segundo lugar, às pessoas coletivas de pequena dimensão as quais, se, por um lado e em regra, não dispõem dos meios necessários para satisfazer o pagamento da pena, por outro lado encontram-se seduzidas pelo benefício económico muito superior que pode resultar da prática de um crime, nomeadamente de um crime de natureza económica.

A segunda falha deste modelo prende-se com a incapacidade de prevenir o cometimento de crimes futuros por pessoas coletivas que não ajam por ânimo de lucro. Sendo a finalidade da pessoa coletiva outra que não a obtenção de lucro, a racionalidade que orienta este sujeito será, necessariamente, distinta da racionalidade descrita *supra*, pelo que a pena, para surtir um efeito preventivo, não pode apresentar-se como um mero custo traduzido em prejuízo para a pessoa coletiva.

O “*overspill*” é a terceira falha apontada e diz respeito às externalidades que podem resultar da aplicação da pena de multa no âmbito do modelo económico²²⁵. Se existem sujeitos que detêm uma relação funcional com a pessoa coletiva e que podem beneficiar do delito cometido – como, por ex., os acionistas²²⁶ –, existem outros que, detendo a mesma relação, não beneficiam, de modo algum, do delito cometido – como é o caso dos trabalhadores. Será, portanto, injusto que a pena de multa seja (também) determinada em função do benefício resultante do crime praticado, dado que irá ter repercussão em indivíduos que, em último termo, nunca chegaram a beneficiar do mesmo²²⁷.

²²⁴ Sobre o problema, Coffee, «“No Soul to Damn, No Body To Kick”: An Unscandalized Inquiry Into the Problem of Corporate Punishment», p. 206 e 207.

²²⁵ Se bem que nos parece que esta crítica relativa às externalidades pode ser sempre apontada perante a RPPC, responsabilidade que vai ter repercussões necessárias, embora maiores ou menores, nos trabalhadores, nos acionistas, etc., envolvidos com a pessoa coletiva. Acresce, ainda, que todas as sanções penais vão significar, de algum modo, repercussões em outros sujeitos.

²²⁶ Num sentido próximo, Celia Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, 2.^a Ed. (Oxford University Press, 2001), p. 166, afirma que os acionistas são, em regra, referidos nesta discussão como inocentes, mas que esta “*terminologia inocente*” esquece os interesses financeiros que os acionistas têm na pessoa coletiva. Diversamente, John Hasnas, «The centenary of mistake: one hundred years of corporate criminal liability», *American Criminal Law Review* 46 (2009), p. 1339 e 1340, defende que, hoje, a principal característica das empresas consiste na separação entre quem a controla e entre quem a possui. Os acionistas, que possuem a empresa, não dispõem de controlo ou sequer de conhecimento do comportamento dos seus trabalhadores, sejam estes subordinados ou em posição de liderança, pelo que, na sua perspetiva, são inocentes face aos crimes praticados. O autor acrescenta, ainda, que “*ameaçar acionistas inocentes com a punição por infrações de trabalhadores culpados da empresa pode ser eficiente (...) mas não constitui o tipo de prevenção que possa ser justificar a punição penal num regime legal liberal.*” (tradução nossa)

²²⁷ Acerca da questão, Coffee, «“No Soul to Damn, No Body To Kick”: An Unscandalized Inquiry Into the Problem of Corporate Punishment», p. 210.

Acresce a estas três falhas o facto de existir a possibilidade do valor da pena de multa ser considerado *a priori* à prática do crime, sendo já sopesado no momento de avaliação custos/benefícios²²⁸. Ao transformar o valor da pena de multa em mais um factor a ser avaliado no momento da decisão da prática do crime, a pessoa coletiva está em condições de ajuizar se, mesmo assim, o benefício resulta do crime é superior aos custos. Ora, esta instrumentalização do valor da pena de multa não permite a prevenção futura da prática de crimes, ficando reduzida a uma espécie de imposto a que a pessoa coletiva está disposta a pagar²²⁹.

3.3.2.2. *A prevenção especial*

No domínio das pessoas coletivas, a tradicional teoria da prevenção especial negativa é conhecida por “modelo estrutural”²³⁰. Segundo este modelo, a pessoa coletiva já não constitui um agente puramente económico, mas sim um ente complexo composto por unidades e subunidades nas quais os responsáveis por cada uma destas persegue um objetivo distinto da pessoa coletiva no seu conjunto²³¹.

A primordial finalidade da pena será assegurar que a pessoa coletiva não volta a cometer crimes mediante o estímulo do ente à auto-organização das suas unidades e subunidades de acordo com os trâmites do Direito. Para existir esta estimulação, o legislador não se deve bastar com a pena de multa²³², devendo recorrer a sanções que intervenham de forma ativa na condução da vida da pessoa coletiva, como, por ex., a suspensão da sua atividade económica. A sanção penal deve intervir na estrutura da pessoa coletiva, no desenvolvimento da sua atividade²³³. O crucial será que estas sanções penais

²²⁸ Neste sentido, Heine, «Sanctions in the field of corporate criminal liability», p. 244 e ss.

²²⁹ Mário Seixas Meireles, «Sanções das (e para as) pessoas colectivas», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 10 (2000), p. 523 e ss., sugere a implementação de uma “*auditoria externa estadual (ou não estadual, mas de credibilidade reconhecida)*” que impeça este cálculo prévio por parte dos entes coletivos.

²³⁰ Assim, Baucells Lladós, «Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», p. 178. ADÁN NIETO MARTÍN, no entanto, entende que, não obstante o paradigma destes modelos ser distinto, a finalidade última da sanção não se altera substancialmente, colocando a autorregulação como elemento chave da sanção penal da pessoa coletiva. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 273.

²³¹ Wray, «Corporate Probation under the New Organizational Sentencing Guidelines», p. 2020.

²³² Segundo WRAY (ibid, p. 2020), a pena de multa é inadequada quer para a prevenção de delitos, quer para a promoção de reformas internas na pessoa coletiva, pois, em regra, a quantia da multa é transferida para os consumidores, acionistas e trabalhadores, que arcam com a mesma.

²³³ Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 274, sublinha que, constitucionalmente, a liberdade de organização empresarial não é equiparável à liberdade de

sejam suficientemente limitadoras da vida da pessoa coletiva para que esta seja estimulada a conduzir a sua atuação dentro dos parâmetros do Direito, reorganizando-se, evitando que, no futuro, viole novamente uma norma penal e, portanto, prevenindo a reincidência da pessoa coletiva²³⁴.

A outra face da prevenção especial, a prevenção especial positiva, quando dirigida à pessoa coletiva, pretende, em último termo e à semelhança do que se verifica face à prevenção especial negativa, que a pena incentive este sujeito a conduzir a sua vida de acordo com os valores do Direito.

O incentivo, aqui, é distinto do avançado pelo modelo estrutural referido *supra*, pois não se pretende incentivar à organização da pessoa coletiva através da ameaça da aplicação de uma sanção restritiva e condicionadora da sua esfera de atuação. Pretende-se, isso sim, cultivar a ideia de que a atuação conforme o Direito é um benefício para a pessoa coletiva, e, que para obter este benefício, a pessoa coletiva deve desenvolver a sua atividade de acordo com o Direito.

Independentemente da vertente, a teoria da prevenção especial afigura-se-nos algo problemática perante um sistema de RPPC como o nosso. Recapitulando, esta teoria da pena visa evitar a reincidência do agente punido e, por força da imputação objetiva prevista no art. 11.º, n.º 2 CP, existe um desfasamento entre o sujeito punido e o(s) verdadeiro(s) sujeito(s) agentes do crime. Ora, e resumindo, como pode a pena prevenir a reincidência de determinado sujeito quando é aplicada a um outro sujeito? Aliás, visto que não depende do

desenvolvimento da personalidade, pelo que não se pode considerar o propósito reformativo deste modelo como um propósito análogo a uma ressocialização forçada e, por isso, excessivamente intrusiva.

²³⁴ Numa linha próxima a esta proposta, encontra-se o “*accountability model*” de FISSE e BRAITHWAITE (Brent Fisse e John Braithwaite, *Corporations, Crime and Accountability* (Cambridge University Press, 1993), p. 141 e ss.). É um modelo piramidal, dividido em seis patamares distintos, correspondendo cada patamar a um método de controlo da pessoa coletiva, métodos que vão agravando à medida que se vai subindo na pirâmide. A ideia básica subjacente ao dito modelo será que, através de uma justiça penal dialogada, se evite a prática de crimes (o primeiro patamar consiste na “*persuasão, avisos, conselhos e outras formas informais de promover compliance*”, mas se esta via falhar, o Direito Penal pode atuar sobre a pessoa coletiva (o sexto e último patamar corresponde a “*responsabilidade penal agravada (individual e coletiva), com pena de prisão para os agentes individuais, e dissolução (pena da pessoa coletiva mais gravosa), injunções punitivas e publicidade negativa para delinquentes empresariais (corporate offenders)*”) (traduções nossas). Este modelo insere-se num paradigma maior, o da ascensão da justiça restaurativa no Direito Penal, pretendendo-se como que dar uma oportunidade de solução do conflito mediante o diálogo entre vítimas, autores e partes interessadas, antes de avançar com uma verdadeira punição. Assim, Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 277. Defendendo a necessidade de atribuir um papel à justiça restaurativa no âmbito da RPPC, entre nós, veja-se Torrão, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*, p. 446 e ss. Sobre a justiça restaurativa no âmbito da justiça penal veja-se, entre nós, a obra de Cláudia Cruz Santos, *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* (Coimbra Editora, 2014).

ente o desencadear da RPPC, qual seria o propósito de incentivar a reestruturação e a reorganização do ente quando este, mesmo reorganizado e reestruturado, se pode ver penalmente responsabilizado?

A prevenção especial da pessoa coletiva só fará sentido mediante um verdadeiro modelo de autorresponsabilidade, onde exista culpa própria da pessoa coletiva, onde esta careça de correção ou de motivação, e, por isso, se pretenda prevenir, verdadeiramente, a reincidência da pessoa coletiva e não dos sujeitos que detêm com esta uma relação funcional.

Iremos retomar esta questão aquando da análise das teorias da pena adaptadas à pessoa coletiva à luz do ordenamento jurídico-penal português, onde será tido em conta o modelo de responsabilidade adotado entre nós.

4. O PROBLEMA DA FINALIDADE DA PENA DA PESSOAS COLETIVAS À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS

4.1. Breves considerações prévias

Para enfrentar, verdadeiramente, o problema da finalidade da pena das pessoas coletivas no ordenamento português, não é suficiente, contudo, apresentar e descrever as diferentes teorias da pena, quer seja as teorias referentes às pessoas singulares ou às pessoas coletivas. Não basta proceder a um exercício teórico de adaptação ao novo sujeito do Direito Penal, é preciso, ainda, e em primeiro lugar, que as teorias, agora, adaptadas, se conjuguem com o preceito chave das finalidades da pena – o art. 40.º, n.º 1 e 2, CP, e, ainda, com o art. 71.º CP – e com o modelo de responsabilidade consagrado no art. 11.º, CP e, em segundo lugar, com o sistema sancionatório consagrado. Porém, antes de principiarmos esta análise integrada, queremos deixar alguns pilares assentes, pois irão contribuir para uma edificação mais segura do problema.

O primeiro pilar que importa erigir, é, na verdade, uma trave maestra que suporta todo o Direito Penal português: a sanção penal tem que ser legítima aos olhos da Constituição. Segundo o art. 18.º, n.º 2 CRP, a sanção penal será legítima²³⁵ quando a sua finalidade última seja a prevenção da prática de crimes futuros, ou, de forma mais concreta, quando seja necessária para a prevenção da prática de crimes futuros. Daqui resulta que, mesmo que a finalidade da pena aplicável à pessoa coletiva não corresponda à estatuída no art. 40.º do CP, porque conflituante com o modelo de responsabilidade consagrado, já terá, pelo contrário, que corresponder às disposições constitucionais existentes na matéria. Esta finalidade preventiva, no que tange às pessoas singulares, é limitada por várias disposições constitucionais que visam proteger a pessoa humana. A finalidade preventiva geral que se possa apontar à pessoa coletiva, pelo contrário, não conhece tantas limitações, salvo o disposto no art. 12.º, n.º 2 CRP e que deve ser conjugado com o princípio da intervenção penal mínima²³⁶.

²³⁵ Sem prejuízo da multiplicidade de normas constitucionais que enformam o sistema sancionatório português.

²³⁶ Torrão, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*, p. 442 e ss., chama atenção para o facto de as sanções penais aplicáveis às pessoas coletivas deverem limitadas pelo “*substratum humanum*” que as compõem e pela “função social” que cumprem.

O segundo pilar diz respeito ao art. 40.º do CP. A Exposição de Motivos que antecedeu a Reforma de 1995 afirmou que este preceito, embora basilar, não constitui um preceito imperativo, mas sim um mero orientador da jurisprudência no momento de aplicação da pena²³⁷. Parece, no entanto, que apesar desta brandura inicial do legislador, na realidade, a jurisprudência não tem margem para adotar outra postura que não a consagrada no Código Penal. Não nos parece, de todo, plausível, que o julgador, perante a prática de um crime no direito penal primário, possa fixar a pena exclusivamente guiado por uma finalidade de prevenção geral negativa, por exemplo.

O terceiro pilar já se encontra, em parte, construído, e relaciona-se com a necessária adaptação das teorias da pena tradicionais aos novos sujeitos do Direito Penal. O legislador, ao dedicar a este sujeito preceitos específicos (nomeadamente o art. 11.º, n.º 2 e restantes números, bem como os art. 90.º-A ao art. 90.º-M, todos do CP), admite que estamos perante uma responsabilidade distinta da tradicional. Se a responsabilidade é distinta, então, por maioria de razão, também a sua justificação o será. No entanto, como já sublinhámos em momento prévio, pela manutenção do art. 40.º e 71.º, CP, incentivado pela remissão do art. 90.º-B, n.º 4 para o art. 71.º, n.º 1, ambos do CP, depreende-se que legislador não seguiu este raciocínio lógico e considerou que estas diferentes responsabilidades de carácter penal têm a mesma justificação.

Com a análise das diferentes e tradicionais teorias da pena, procurámos colocar em evidência que estas teorias assentam em considerações antropomórficas, considerações que concebem a pessoa humana como única destinatária de normas penais e, bem assim, como o único sujeito suscetível de aplicação de uma pena. As teorias avançadas estabelecem uma relação entre a função da pena e a vontade do autor do crime, seja a vontade porque constitui o fundamento da pena ou o objeto ao qual esta dirige. Da relação entre a pena e a vontade deduz-se que só uma *“pessoa física pode ser sujeito do Direito Penal, pois só ela tem vontade própria capaz de justificar o ius puniendi do Estado”*²³⁸.

Por este motivo, apesar do silêncio do legislador na matéria e atentando que o CP, após a Reforma de 2007, se manteve inalterado na questão dos fins das penas, entendemos que seria a intenção do legislador estender as finalidades da pena aplicável à pessoa singular à pena aplicável à pessoa coletiva, mas que, por força dos impedimentos

²³⁷ Questão abordada *supra*.

²³⁸ Tradução nossa de Bacigalupo, *Compliance y derecho penal*, p. 80.

“naturais” já apontados, não o pretendeu fazer em bruto. Por isso, procurámos reformular as teorias da pena de modo a que estas se tornassem adequadas às pessoa coletivas.

Excluindo a teoria da retribuição que, aos nossos olhos, é inoperante face a pessoas coletivas, pudemos observar que as teorias da prevenção são, pelo contrário, adaptáveis à realidade específica que constitui a pessoa coletiva. As maiores necessidades de adaptação sentem-se nas vertentes negativas, quer da teoria da prevenção geral como da prevenção especial, embora a prevenção especial em geral coloque problemas por força da estreita relação que desenvolve com o modelo de responsabilidade adotado.

No ponto seguinte vamos, por isso, analisar o art. 40.º e o art. 11.º, ambos do CP, confrontando-os e retirando algumas conclusões.

4.2. O art. 40.º e o art. 11.º do Código Penal

(Re)interpretando o art. 40.º CP tendo em vista as pessoas coletivas, parece que, por um lado, o legislador português pretende que o Direito Penal das pessoas coletivas seja, também ele, um Direito Penal do bem jurídico²³⁹.

A sanção penal aplicável à pessoa coletiva visa, portanto, a proteção de bens jurídicos penalmente relevantes, e, para o efeito, a pena propõe-se a instruir, a exercitar a confiança no Direito e a pacificar a comunidade, abrangendo esta tanto os cidadãos comuns como os sujeitos em posição de liderança de outras pessoas coletivas. Vigora, portanto, a finalidade de prevenção geral positiva (art. 40.º, n.º 1, 1.ª parte, CP).

Por outro lado, e simultaneamente, o legislador pretende que, no futuro, a pessoa coletiva passe a reger a sua atuação de acordo com o Direito, evitando, assim, a sua reincidência, perseguindo, deste modo, a finalidade de prevenção especial positiva (art.

²³⁹ O que afasta, só por si, a consagração de uma teoria absoluta como finalidade da pena. (Assim, Figueiredo Dias, «Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico», p. 377) Não procede, portanto, uma proposta como a de SCHÜNEMMAN, segundo o qual as normas dirigidas às pessoas coletivas devem possuir um conteúdo distinto. Segundo este autor, estas normas devem, em primeira linha, propugnar pela manutenção organizativa da pessoa coletiva, prevenindo, deste modo, o aparecimento de práticas criminosas no seu seio e em segunda linha, de forma indireta, poderá existir a proteção de bens jurídicos. Neste sentido, Torrão, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*, p. 436. Sobre a posição de SCHÜNEMMAN, Gómez-Jara Díez, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 129 e 171 e ss.

40.º, n.º 1, 2.ª parte). Não se pode (deve) utilizar aqui o termo “ressocialização”, dada a inadequação natural do termo ao sujeito que tratamos²⁴⁰.

Até aqui, num plano puramente teórico e, enfim, relativamente superficial, parece ser possível levar avante a posição presumida do legislador. Contudo, entendemos que, ao confrontar estas finalidades da pena com o modelo de imputação objetiva do facto à pessoa coletiva consagrado no art. 11.º, n.º 2 CP, estas finalidades, perante a pessoa coletiva, saem desvirtuadas.

É necessário sublinhar que as críticas que serão tecidas às finalidades da pena aplicável à pessoa coletiva serão tecidas no âmbito de um modelo de heterorresponsabilidade, de um modelo que mantém a pessoa física, singular, como chave da imputação da responsabilidade penal à pessoa coletiva. Em nosso ver, é fulcral perceber que o problema das finalidades da pena da pessoa coletiva é um puro derivado do problema da imputação do facto à pessoa coletiva e que as opções consagradas no art. 11.º, n.º 2 CP constituem a fonte da ilegitimidade da pena aplicável à pessoa coletiva no ordenamento jurídico-penal português²⁴¹.

Sumariamente, e por referência ao já desenvolvido no ponto 1.3. do trabalho, o art. 11.º, n.º 2, possibilita a responsabilização penal da pessoa coletiva por factos ilícitos típicos e culposos da pessoa singular que se encontra em posição de liderança, seja porque esta é a autora do dito facto, seja porque esta é responsável pela omissão do controlo necessário para evitar a prática do dito facto praticado por um subordinado.

O juízo da culpa, entre nós, constitui, por um lado, um pressuposto imprescindível da pena (“não há pena sem culpa”) e, por outro, é utilizado para limitar a medida da pena. As finalidades preventivas em nada se confundem com o juízo de culpa do autor do facto. São, pelo contrário, distintas, quer no seu fundamento, quer no papel que desempenham

²⁴⁰ Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 266; Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, p. 117. Adjetivando a possibilidade de ressocialização das pessoas coletivas como absurda, Castro e Sousa, *As pessoas colectivas em face do direito criminal e dos chamado «direito de mera ordenação social»*, p. 101.

²⁴¹ Com um raciocínio semelhante, veja-se Wolfgang Frisch, «Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación», *Cuadernos de política criminal* 121, n. I. Época II (2017), p. 396, que considera a imputação do facto do representante ou de alguém que detenha uma relação funcional com a pessoa coletiva uma “confusão conceitual”, que “*não tem em conta as regras de imputação jurídico-penal, regras adequadas e orientas para justiça*”, mas sim “*outras regras desenvolvidas para fundamentar consequências jurídicas muito diferentes; e nesta medidas são regras adequadas, mas não para fundamentar a consequência jurídica da pena.*” Beza dos Santos, *Lições de Direito Criminal (coligidas por Hernâni Marques)*, p. 325 afirmava, até, que a possibilidade de considerar as pessoas coletivas enquanto sujeitos do Direito Penal se encontrava dependente da realização dos fins das sanções criminais que lhe fossem aplicadas.

face à pena, e devido a estas diferenças, não se pode arguir que a cisão existente entre o plano da culpa e o plano da pena – isto é, que o facto do sujeito que arca com a pena ser distinto do sujeito que praticou o facto e do qual brota a culpa jurídico-penal –, é um impedimento à prossecução das finalidades preventivas da pena.

Uma pena que persiga uma finalidade de prevenção geral pura utiliza o sujeito como meio para atingir a restante comunidade, seja mediante a sua utilização como exemplo educativo (na sua vertente positiva) ou como exemplo intimidatório para condutas futuras (na sua vertente negativa), permitindo proteger bens jurídico-penais no futuro “através do afastamento de outros da prática de crimes”²⁴².

Como referido anteriormente, parte da doutrina defende que as necessidades de prevenção geral são ditadas, apenas, pela gravidade do facto ilícito praticado. Desta perspetiva, a pena da pessoa coletiva, no âmbito do nosso ordenamento penal, é capaz, em abstrato, de satisfazer a dita necessidade preventiva. Na atualidade, a comunidade perspetiva o mundo empresarial como um mundo onde reina a impunidade do crime, onde as pessoas singulares, em especial aquelas que detêm uma posição de prestígio e relevo, se protegem sob trás de complexas redes de distribuição de responsabilidades, tornando impossível o apuramento da sua própria responsabilidade penal.

Se, perante a falha da efetivação da ameaça penal, a comunidade já sente a necessidade da aplicação de uma pena, “para que aquela ameaça não seja “vazia””²⁴³, perante a falha de todo o sistema de apuramento de responsabilidades, as expectativas da comunidade perante o sistema penal ficam gravemente feridas. Numa palavra, sem punição, não existe efeito de aprendizagem, de confiança no Direito e consequente pacificação da comunidade.

O legislador, ao arrepio dos direitos fundamentais da pessoa coletiva (art. 12.º, n.º 2 CRP) e do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal (art. 30.º, n.º 3 CRP), como que “transfere”²⁴⁴ a sanção penal originariamente destinada a determinada(s)

²⁴² Miranda Rodrigues, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*, p. 547.

²⁴³ *Ibid*, p. 547.

²⁴⁴ Recorremos a este termo de forma relativamente figurativa. A RPPC não preclui a possibilidade de existir responsabilidade penal da pessoa individual. Porém, e na medida em que entendemos que a RPPC é o resultado legislativo incentivado pela impossibilidade de apurar a responsabilidade penal da pessoa singular, o que o legislador pretende, verdadeiramente, é obter uma punição demonstrativa da vigência das normas penais e da proteção de bens jurídico-penais mesmo quando a lesão emana de contextos coletivos, vigência e proteção que não seriam possíveis se o único método de imputação disponível fosse o tradicional, i.e., o da pessoa singular.

pessoa(s) singular(es) para a pessoa coletiva onde se insere(m), utilizando a punição da pessoa coletiva como uma forma de demonstrar como que, apesar de tudo, determinado facto foi punido. Por outras palavras, “*parece partir-se da ideia de que, quando não se possa castigar-se pessoas físicas, ao menos teremos alguém a quem castigar em seu lugar, pelo menos teremos um culpado. A necessidade do castigo do delito parece satisfazer-se de algum modo por esta via*”²⁴⁵. Ou, por outras palavras, “*só se quer dar à sociedade a sensação de que há uma preocupação por parte do Estado*”²⁴⁶, de que se tenta punir e que, por isso, as normas penais têm a mesma força de vigência perante todos os sujeitos de Direito.

No entanto, quando estudámos o princípio na culpa²⁴⁷, afirmámos que aderimos à posição doutrinal que considera que as exigências de prevenção geral são orientadas não apenas pela gravidade do facto mas, também, pela culpa demonstrada pelo agente na prática do facto. A prevenção geral não funciona apenas como um cálculo matemático que deve corresponder à gravidade do facto para prevenir a prática de crimes futuros, deve, ainda, ser adequada à culpa vertida no facto ilícito típico, pois é através desta adequação que se pode considerar a punição, também ela, adequada.

Vimos que, entre nós, a pena não persegue uma finalidade puramente preventiva, sendo necessário, por isso, ter em conta o modo de conjugação das diferentes finalidades para perceber a pena no ordenamento português. A finalidade da prevenção geral positiva dita a moldura dentro da qual se irá fixar a medida concreta da pena, pelo que, dada a nossa posição perante a relação estabelecida entre a culpa e a prevenção geral existem entraves à persecução desta última finalidade no contexto das pessoas coletivas e, bem assim, à construção da moldura da prevenção geral²⁴⁸. Ora, atentando no art. 11.º, n.º 2 do CP, a influência da culpa na prevenção geral, implica que, no momento de construir a

²⁴⁵ Tradução nossa de Mir Puig, «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», p. 16 e 17. Sublinhamos, novamente, que estas críticas apenas podem ser tecidas no âmbito de um modelo de heterorresponsabilidade como o português ou como o espanhol.

²⁴⁶ Odone Sanguiné, «Função simbólica da pena», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 5, n. 1 (1995), p. 88. E, como alerta HASSEMER, “*é de suspeitar quem relacione Direito penal e “efeitos simbólicos.”*” (tradução nossa), Winfried Hassemer, «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», em *Pena y Estado* (Editorial Jurídica Conosur, 1995), p. 23.

²⁴⁷ *Supra* ponto 3.3.1.

²⁴⁸ Carlos Gómez-Jara Díez, «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», em *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, ed. Miguel Bajo Fernández, Bernardo Feijoo Sánchez, e Carlos Gómez-Jara Díez (Civitas, 2012), p. 125 afirma que “*a intensa e atual discussão que existe entre no Direito penal individual em torno da relação que se estabelece entre culpa e pena estende-se igualmente ao Direito penal empresarial*”. (tradução nossa)

moldura da prevenção geral, o juiz vai ser influenciado, também, por um juízo de culpa que não pertence ao sujeito punido.

Verifica-se o mesmo problema quanto à função da culpa enquanto limite intransponível da pena. Também aqui, a culpa que irá limitar a pena é, de igual modo, uma culpa que não pertence ao sujeito punido. A doutrina é unânime na defesa do princípio da culpa enquanto limite da pena, pois a intervenção deste princípio não só preclui a possibilidade de intervenções arbitrárias e excessivas do *ius puniendi* estadual, como é um princípio imperioso à luz da conservação da inviolável dignidade da pessoa humana, partilhada por todos nós.

É indubitável que não se pode sustentar a manutenção da culpa enquanto limite da pena na pessoa coletiva no argumento de que esta é necessária para preservar a sua inviolável dignidade, sendo este um conceito reservado para pessoas físicas. No entanto, percebe-se que deva existir um limite para as sanções penais aplicáveis às pessoas coletivas, pois, não obstante estas serem ficções da lei, utilizadas como um meio para obter um fim coletivo, gozam ainda assim de proteção constitucional, pelo que será exigível proporcionalidade entre a sanção aplicada e o facto pelo qual são punidas. Não nos parece, contudo, num sistema de heteroresponsabilidade como o nosso, no qual se recorre à culpa da pessoa em posição de liderança para responsabilizar a pessoa coletiva, que esta culpa possa ser considerada como adequada ou legítima enquanto limite da pena da pessoa coletiva.

Sendo a pena uma sanção dotada, por natureza, de um forte significado de censura ético-jurídica, só será justo dirigi-la a quem tenha infringido uma norma penal, com culpa. O não respeito por estas exigências implica a erosão material do instituto da pena²⁴⁹ que, sob a capa formal de consequência jurídica gravosa, se vê, por um lado, instrumentalizada, no sentido em que é utilizada apenas devido ao estigma que acompanha a sua utilização, e, por outro lado, passa a perseguir fins que não lhe competem e que tornam a sua utilização inadequada e ilegítima à luz do paradigma atual, liberal, do Direito Penal.

O recurso permanente à figura da pessoa em posição de liderança, quer a nível de imputação da responsabilidade penal, quer a nível de determinação da pena, em conjugação com a frustração originada pela impunidade frequente no mundo empresarial,

²⁴⁹ De forma semelhante, Mir Puig, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad», p. 8; Mir Puig, «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», p. 9.

faz-nos pensar que a responsabilidade penal das pessoas coletivas é-o apenas no seu nome. Com efeito, todo o sistema se encontra erigido em torno da pessoa física que se encontra em posição de liderança, sendo apenas no momento de aplicação da pena que este sistema se volta, efetivamente, para a pessoa coletiva, fazendo-a arcar com uma pena que não lhe pertence.

O mesmo raciocínio é extensível à finalidade de prevenção especial perante a qual, como vimos, o legislador nem se dignou em alterar a letra do n.º 1 do art. 40.º ou a salvaguardar a realidade concreta da pessoa coletiva, mantendo a “ressocialização do agente” como finalidade primordial e à qual o julgador deverá buscar, em última linha, as orientações de que necessita para fixar a medida concreta da pena²⁵⁰. Como já foi exposto, aos olhos da prevenção especial, a pena deve incentivar o sujeito que violou a normal penal a adotar comportamentos de acordo com o Direito ou, no caso específico da pessoa coletiva, a conduzir a sua atividade de acordo com os trâmites do Direito.

Contudo, estando todo o sistema, como sublinhámos, construído em torno da pessoa física, parece que, no nosso ordenamento, não se pode falar, com propriedade, de prevenção especial da pessoa coletiva. É, na verdade, indiferente ao legislador que a pessoa coletiva, enquanto entidade independente das pessoas que a constituem, desenvolva a sua atividade de acordo com o Direito. O ponto crucial é que a pessoa que lidera a pessoa coletiva o faça, que, no exercício das suas funções, no seio da pessoa coletiva, respeite os valores do Direito, pois é esta pessoa que detém a chave da imputação do facto à pessoa coletiva e que, bem assim, desencadeia a RPPC.

Em nosso ver, a prevenção especial da pessoa coletiva só faria sentido em dois tipos de situações: (i) no âmbito de um modelo de autorresponsabilidade, no qual todo o sistema é construído em torno da pessoa coletiva e, por isso, não há quebra entre o plano da imputação e conseqüente aplicação da pena, sendo possível conceber uma pena que prossiga, verdadeiramente, a finalidade de prevenção especial da pessoa coletiva, ou, no

²⁵⁰ Referimos, *supra*, no que toca às exigências de prevenção especial, que a finalidade primordial é a positiva, mas que, reflexamente, são consideradas, também, as exigências preventivas especiais negativas. Vimos que estas últimas exigências, no domínio das pessoas coletivas, se traduzem, grosso modo, na estimulação negativa de reorganização de acordo com o Direito através da intromissão do *ius puniendi* na estrutura e no desenvolvimento da atividade do ente. Embora, como temos sustentado, a RPPC consagrada entre nós não seja uma verdadeira responsabilidade da pessoa coletiva (só o é por força de uma atribuição legal), verificamos que o rol de penas acessórias consagrado (art. 90.º-G a art. 90.º-M, CP) têm como característica preponderante e comum a intromissão – e reestruturação, se bem que temporariamente limitada – no decurso da atividade social do ente. Tal intenção já não transparece na pena de multa e na pena de dissolução previstas.

máximo, (ii) no âmbito de um modelo de heterorresponsabilidade, que, ao contrário do que sucede entre nós, dê relevância autónoma ao modo de organização e à gestão que, em regra, se verifica no seio da pessoa coletiva.

Por relevância autónoma referimo-nos à possibilidade de, como se verifica no ordenamento jurídico espanhol, isentar a pessoa coletiva de responsabilidade penal quando esta disponha de modelos de organização e gestão capazes, eficientes e adequados à prevenção de delitos²⁵¹. Ao atribuir peso a estes modelos, está-se, paralelamente, a criar um espaço autónomo de valoração da responsabilidade da pessoa coletiva, não sendo esta responsabilizada porque determinado sujeito, no seu seio, violou uma norma penal, mas sim, porque, cumulativamente, a pessoa coletiva, enquanto ente autónomo, não adotou previamente os mecanismos necessários para evitar este tipo de comportamento no seu seio. Caso contrário, como já questionámos anteriormente, qual o valor da reestruturação e reorganização levada a cabo pela pessoa coletiva quando, mesmo reorganizada e reestruturada, pode ser punida por facto de outrem?²⁵²

Em nosso ver, a solução legítima deveria passar (i) pela implementação de um verdadeiro Direito Penal da pessoa coletiva – que deveria funcionar apenas e exclusivamente para lidar com situações ilícitas típicas geradas pela soma de várias ações

²⁵¹ O art. 31 bis n.º 2 do CP espanhol dispõe que “*se o delito for cometido pelas pessoas indicadas na alínea a) do número anterior, a pessoa coletiva será isenta de responsabilidade se forem cumpridas as seguintes condições: 1.º) o órgão de administração tenha adotado e executado com eficácia, antes da comissão do delito, modelos de organização e gestão que incluem medidas de vigilância e controlo idóneas para prevenir delitos da mesma natureza ou para reduzir de forma significativa o risco da sua comissão; 2.º) a supervisão do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevenção implantado tenha sido confiada a um órgão da pessoa coletiva com poderes autónomos de iniciativa e controlo ou que esteja legalmente vinculada à função de supervisão da eficácia dos controlos internos da pessoa coletiva; 3.º) os autores individuais cometeram o delito através da ilusão fraudulenta dos modelos de organização e prevenção e 4.º) não tenha havido uma omissão ou um exercício insuficiente das suas funções de supervisão, vigilância e controlo por parte do órgão a que se refere a condição 2.ª*”. O art. 31 bis n.º 4, introduzido pela LO 1/15, possibilita, também, a isenção da RPPC se estiver em causa um delito cometido pelos sujeitos indicados no art. 31.º bis, n.º 1, al. b) (a saber, os trabalhadores subordinados, se “*antes da comissão do delito, tiver adotado e executado eficazmente um modelo de organização e gestão que resulte adequado para prevenir delitos da natureza do cometido ou para reduzir de forma significativa o risco da sua comissão*”).

²⁵² É verdade, no entanto, que o art. 71.º, n.º 2, al. e) e al. f) CP permite que, na determinação da medida concreta da pena, seja considerada “*a conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime*” e a “*falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena*”. Estas duas alíneas poderiam ser interpretadas no sentido de que a existência de programas de *compliance* penal na pessoa coletiva, traduzidos num esforço de implementação e fidelidade ao Direito pelo ente, poderiam influir na determinação do *quantum* concreto da pena. Não obstante, ao contrário do que se verifica no art. 31 bis n.º 2 do CP espanhol, estas duas alíneas não regulam os contornos específicos do problema, sendo meros pressupostos gerais, pelo que será, no mínimo, arriscado, ver nelas uma porta aberta para a atenuação da responsabilidade penal da pessoa coletiva.

licitas num contexto coletivo - e, simultaneamente, (ii) pela melhoria do modelo de responsabilidade tradicional²⁵³, que deve funcionar quando exista um sujeito que pratica um crime sob a capa protetora da pessoa coletiva.

Tanto perante um modelo de autorresponsabilidade como perante um modelo de heterorresponsabilidade que valore os programas de prevenção de delitos é abstratamente possível conceber a pena como um incentivo à autorregulação da própria pessoa coletiva, e não como uma tentativa de reeducação da pessoa singular que a lidera²⁵⁴.

²⁵³ Ortiz de Urbina Gimeno, «Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica Societas Delinquere Potest)», p. 269 refere o esforço da dogmática alemã nesse sentido, nomeadamente na ampliação de noções clássicas, como a de autor, bem como na extensão de deveres de garantia, mas conclui que se, por um lado, estas alterações não são suficientes para solucionar o problema, por outro põem em causa a coerência da teoria do delito. Brevemente sobre estes esforços, Susana Aires de Sousa, «Algumas considerações sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial», *Revista Systemas* 2, n. 1 (2010), p. 150 e ss, disponível em <http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/view/31/31> (acedido a 3 de Julho de 2018)

²⁵⁴ ADÁN NIETO MARTÍN avança com uma proposta na qual propugna pelo entrelace do sistema penal com a autorregulação empresarial, devendo o primeiro incentivar o segundo. O juiz deve dispor de uma gama ampla de sanções, pois o relevante não é tanto a sanção em si, mas a adequação da finalidade inerente a cada sanção ao caso concreto. A finalidade “maior” – digamos assim – é a reorganização da pessoa coletiva conforme o Direito, pelo que, através desta finalidade, percebemos que o autor defende um modelo de responsabilidade penal fundado no defeito de organização (originado pela inexistência de um Código de Prevenção eficaz), erigindo um modelo de responsabilidade coletiva. Fundamentalmente, defende uma sanção de natureza preventiva especial, com efeitos na estrutura e no modo de desenvolvimento da atividade da pessoa coletiva, que deve ser adequada à gravidade do facto e às características do ente. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 317, 322 e 331, e, também, Adán Nieto Martín, «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa», *Política Criminal* n.º 5 (2008), p. 5 e ss. Impõe-se, ainda, uma nota sobre a posição de BEATRIZ GOENA VIVES (Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, p. 115 e ss.) Para a autora, as teorias tradicionais da pena não são aplicáveis, em bruto, à pessoa coletiva, carecendo estas de uma reinterpretação que atenda às especificidades da pessoa coletiva. O fim que inspira as sanções das pessoas coletivas será a prevenção reativa, pois a principal finalidade será obter uma reacção por parte da empresa sancionada e, em segunda linha, das restantes empresas. “*A ameaça da sanção acelera a reacção corporativa à situação de crise. Procura-se que a empresa tome as medidas necessárias para evitar que a situação antijurídica se repita.*” A sanção deverá ter uma dimensão reestruturadora e inocuidadora, sem excluir a possibilidade de prevenção geral. Sendo uma teoria da pena distinta da tradicional, impossível de aplicar a uma pessoa singular, a autora defende que não estaremos perante verdadeiras penas, mas sim perante “*correctivos penais*” orientados para a reestruturação empresarial. Insere-se, assim, na corrente do Direito Penal de duas velocidades, preconizado por SILVA SÁNCHEZ. Esta proposta é congruente com a sua posição no problema da RPPC, pois, para a autora “*quando o Direito penal se dirige à pessoa coletiva não censura, não imputa. Únicamente atribui responsabilidade.*” (Ibid, p. 212). Após a análise do conteúdo das sanções aplicáveis às pessoas coletivas no Direito federal dos Estados Unidos, bem como no Direito alemão e italiano, a autora conclui que, embora a sua caracterização formal seja distinta (sanção penal no primeiro caso e sanções administrativas nos seguintes), o seu conteúdo é semelhante: pretende-se a prevenção futura de factos ilícitos. Considerando que o direito penal, no âmbito empresarial, deve ter como finalidade primordial o incentivo ao cumprimento normativo, Peter J. Henning, «Should the Perception of Corporate Punishment Matter?», *Journal of Law & Policy* 19, n. 1 (2010), p. 88 e, por isso, aplaudindo o recurso cada vez mais generalizado dos chamados *Non Prosecution Agreements* (NPA) e dos *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) nos EUA, Peter J. Henning, «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation», *American Criminal Law Review* 46 (2009), p. 1431 e ss. Günter Heine, «La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales», 1996, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf, p. 8, já sublinhava que existia uma

Mas, como dissemos, nada disto se passa no ordenamento português. Pelo contrário, do modo como – e repetimos – o sistema foi estruturado, da perspectiva da finalidade da prevenção especial, o legislador português não só não pretende incentivar a pessoa coletiva a guiar-se de acordo com o Direito, como só pode pretender reeducar a pessoa singular de forma indireta, utilizando a pessoa coletiva como um meio para tal.

Deixando de parte as considerações já tecidas relativamente à utilização do instituto da pena e da pessoa coletiva para atingir fins distintos, pelo menos, superficialmente, dos fins propugnados pelo legislador, parece-nos que nem através desta entorse das tradicionais regras de responsabilidade se consegue chegar à pessoa individual²⁵⁵. Nem o valor da eficácia – no sentido de obtenção de uma punição e de saciar as “necessidades” punitivas – se revela capaz de justificar os assaltos perpetrados pelo legislador português à dogmática penal.

A utilização da RPPC como um meio para atingir um sujeito físico impede qualquer efeito de reeducação do mesmo. O dito sujeito, tendo consciência de que violou uma norma penal, de que essa violação que origina um processo penal e que, por último, dá lugar a uma sentença condenatória da pessoa coletiva, sentir-se-á intocável – ou, melhor dizendo, impunível – visto que a responsabilidade, que lhe pertence, não irá recair sobre si²⁵⁶.

Se, com alguma ingenuidade, se afirmar que este processo irá fazer despertar a consciência do sujeito para os valores do Direito, cremos que, na melhor das hipóteses, este despertar será residual. A pena, para surtir os seus efeitos legítimos, tem,

tendência europeia, incentivada pelas Recomendações do Conselho da Europa de 1988, de promover sanções que incentivassem à atuação responsável das pessoas coletivas.

²⁵⁵ O problema é agravado se a pessoa em posição de liderança for considerada um delinquente económico, e que, por força das diferenças existentes entre o direito penal clássico e o direito penal económico, as finalidades perseguidas pela pena devam ser distintas. De facto, uma parte da doutrina defende que, perante este tipo de delinquente, a face intimidadora da pena deve ser preponderante (é o caso de Klaus Tiedemann, «La criminalidad económica como objeto de investigación», *Cuadernos de política criminal*, n. 19 (1983), p. 171 e ss. *apud* Rosario de Vincente Martínez, «Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica», em *Estudios de Criminología II* (Universidad de Castilla - La Mancha, 1999), p. 228). Se exigências tradicionais já são difíceis de satisfazer através de uma responsabilização indireta, a satisfação de exigências específicas de determinado tipo de delinquente parece-nos que será praticamente impossível...

²⁵⁶ Contudo, ao existir a possibilidade da pessoa coletiva ser responsabilizada, existe, também, a possibilidade de os sócios passarem a exercerem um maior controlo na atividade de gestão e organização desenvolvida pelos administradores, pois as consequências da penalização da pessoa coletiva podem recair, indiretamente, nos primeiros. Enquanto sócios, sendo o património da pessoa coletiva afetado, também o seu património o será. A responsabilidade penal da pessoa coletiva pode colocar o projeto social dos sócios em risco, o que pode levar a que estes procurem, a priori, diminuir a possibilidade da prática de crimes.

obrigatoriamente, de ser dirigida e aplicada ao sujeito que é responsabilizado²⁵⁷. Não pode, de modo algum, existir uma cisão entre o responsável e o punido.

Apesar de todas as perversidades que apontámos à relação estabelecida entre o art. 11.º, n.º 2 CP e o art. 40.º CP²⁵⁸, a verdade é que, em 2007, o legislador consagrou efetivamente a RPPC e, como tal, consagrou um catálogo de penas destinadas às pessoas coletivas. Foi referido em momento oportuno que iríamos centrar a nossa análise nas penas principais previstas para as pessoas coletivas, nomeadamente a pena de multa e a pena de dissolução, penas que foram já descritas no ponto 1.3 do trabalho. É tempo, agora, de recuperar o desenvolvido e analisar de que modo é que o legislador conformou as finalidades da pena nas consequências jurídicas propriamente ditas. O sistema sancionatório prevê os instrumentos práticos através dos quais se podem realizar os fins da pena, realização que deve respeitar os princípios que a enformam e legitimam²⁵⁹, pelo que se torna imperioso avaliar se as incongruências apontadas ao longo deste número do trabalho são visíveis no desenho das penas referidas e na prática judicial.

4.3. As penas principais previstas para as pessoas coletivas à luz das finalidades da pena

4.3.1. A pena de multa

Apesar de, numa fase inicial da sua inclusão no leque de sanções penais, a multa ter sido criticada no que tange à sua capacidade de satisfação das finalidades apontadas à pena, estas críticas foram paulatinamente ultrapassadas, revelando-se a pena de multa, hoje, como um instrumento sancionatório capaz de, mediante a sua imposição e

²⁵⁷ Chamando a atenção para o facto de que, para evitar a identidade de fundamento entre sanções aplicáveis à pessoa singular e à pessoa coletiva, é necessário que os juízos de reprovação de uma e outra sejam autónomos, Firmín Javier Echarrí Casi, *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias* (Thomson, 2003) apud Seixas Meireles, *Pessoas Coletivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*, p. 89.

²⁵⁸ Mas, citando Miguel Bajo Fernández, «¿Debe responder penalmente la personas jurídica? Una reconsideración sobre la tercera vía», em *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. II* (Coimbra Editora, 2009), p. 79, “o jurista não pode renunciar à busca da univocidade no Direito positivo e não se pode render perante a constatação da aparente falta de coerência do sistema”...

²⁵⁹ Idêntico, Luis Gracia Martín, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito* (Tirant Lo Blanch, 2006), p. 71.

cumprimento, satisfazer as finalidades postuladas pelo art. 40.º, n.º 1 CP²⁶⁰. Da análise prévia que realizámos a esta sanção penal resultou que a pena de multa é a pena por excelência das pessoas coletivas, não obstante, no caso português, como sublinhado em momento oportuno, o legislador se tenha revelado excessivamente dependente do modelo previsto para a pena de multa aplicável à pessoa singular.

Aquando da análise do modelo económico da pena apontámos algumas críticas que podem ser dirigidas à pena de multa enquanto pena primordial da pessoa coletiva. Vimos que tanto a possibilidade desta pena vir a ser encarada como um risco de atuação, como a existência de pessoas coletivas que não agem por ânimo de lucro, são cenários que colocam em causa os efeitos preventivos desta pena pecuniária. A chamada “*deterrence trap*”, a par destas possibilidades, é uma terceira situação suscetível de anular o efeito preventivo pretendido com a pena.

No entanto, estas críticas podem ser contornadas, ou, pelo menos, atenuadas, mediante a consagração de um modelo de determinação da pena de multa que se revele apto à persecução das finalidades preventivas da pena²⁶¹⁻²⁶². Dispondo o art. 40.º, n.º 1 CP que a finalidade de prevenção geral a perseguir será a positiva, fica de lado a proposta de cálculo da pena de multa avançada pelo modelo económico e que pretendia, como vimos, a dissuasão da pessoa coletiva pela via negativa²⁶³.

As finalidades preventivas da pena são satisfeitas não só pela previsão legal da dita consequência jurídica, como também pela sua aplicação concreta ao agente, sendo a sua aplicação concreta mais eficaz do ponto de vista preventivo quando mais adequado para o efeito for a sua determinação. No ordenamento penal português, para determinar a pena de

²⁶⁰ Antunes, *Consequências Jurídicas do Crime*, p. 26 alerta para a superioridade político-criminal da pena de multa face à pena de prisão para fazer face à pequena e média criminalidade.

²⁶¹ No mesmo sentido, José Tomé de Carvalho, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas», *Revista do Ministério Público* 30, n. 118 (2009), p. 93, afirma que, no caso das pessoas coletivas que não ajam por ânimo de lucro, a determinação da medida da pena deve atentar, acima de tudo, nos “*efeitos colaterais danosos que a infração projeta na comunidade e na esfera pessoal ou patrimonial de terceiros alheios ao crime perpetrado*”.

²⁶² Considerando que a multa dirigida às pessoas coletivas desempenha um papel de prevenção geral limitado, devido ao facto de ser frequentemente considerada como um custo de produção pela pessoa coletiva e por implicar danos colaterais face a trabalhadores e credores, Adán Nieto Martín, *Justicia Restaurativa y sanciones para un Derecho penal Internacional del Medio Ambiente*, 2015, p. 17 *apud* Goena Vives, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, p. 123.

²⁶³ José de Faria Costa, *Direito Penal Económico* (Quarteto, 2003), p. 93, considera que a pena de multa é pouco eficaz tanto perante as pessoas singulares como perante as pessoas coletivas. Afirma que “*nem as mais elevadas sanções pecuniárias têm qualquer efeito dissuasor*” e que podem, até, serem “*diluídas na opacidade da sua repercussão dos preços dos produtos da empresa ou empresas pertencentes ou dominadas pelo agente da infração*.”

multa da pessoa coletiva, é necessário seguir duas etapas de cálculo distintas, uma primeira dedicada aos dias e uma segunda dedicada ao quantitativo diário.

Nos termos do art. 90.º -B, n.º 4 CP, as exigências preventivas são tidas em conta na primeira etapa referida, pois, segundo o art. 71.º, n.º 1 CP, para o qual o primeiro artigo referido remete, a medida da pena deve ser determinada de acordo com a culpa e as exigências de prevenção. A doutrina parece tender, também quanto a esta pena, para a consagração do modelo da moldura da prevenção²⁶⁴, defendendo que a articulação entre as exigências preventivas e a culpa deve ser igual à levada a cabo na determinação da medida concreta da pena de multa da pessoa singular. Deverá, portanto, ser obtida a moldura de prevenção geral positiva, dentro da qual operarão as exigências preventivas especiais, as quais estarão, impreterivelmente, limitadas pela culpa do agente.

Ora, a partir do momento em que, devido à forma como se encontra erigido o seu sistema de imputação à pessoa coletiva, criticamos as finalidades apontadas à pena da pessoa coletiva punida porque desfasada do sujeito responsável, parece-nos que a coordenação das finalidades acima descritas, no momento de determinação da medida concreta da pena, será irrelevante, porque, aos nossos olhos, estaremos sempre perante a coordenação de finalidades ilegítimas e que não devem ser dirigidas à pessoa coletiva enquanto ente autónomo.

Acresce que, ao constatararmos que a doutrina impende para a consagração da moldura da prevenção como melhor forma de determinação da medida concreta da pena de multa aplicável à pessoa coletiva, parece que se acaba, indiretamente, por admitir que a determinação da medida concreta da pena de multa da pessoa coletiva é, na verdade, a determinação da medida concreta da pena de multa da pessoa singular em posição de liderança.

Parece que, por um lado, a leitura conjunta do art. 11.º, n.º 2 e do art. 40.º ambos do CP, suporta a persecução de finalidades preventivas face a quem se encontra numa posição de liderança e que, por outro lado, a própria doutrina e jurisprudência, ao recorrer à moldura de prevenção, permite que estas finalidades sejam efetivamente perseguidas, ao arrepio do princípio da pessoalidade da responsabilidade penal. Sustentamos esta

²⁶⁴ Brandão, «O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal», p. 45; Reis Bravo, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, p. 226.

afirmação em três argumentos que já tivemos oportunidade de ir revelando no decurso deste texto.

O primeiro argumento consiste no facto de se recorrer a uma categoria dogmática que brota da pessoa singular e que, não obstante, vai funcionar como limite inultrapassável da medida da pena da pessoa coletiva. Referimo-nos, obviamente, à culpa. O segundo argumento prende-se com a finalidade de prevenção geral, responsável pela moldura legal abstrata, e que, em nosso ver, está dependente tanto da gravidade do ilícito como do grau de culpa revelado no facto. Também aqui, devido à influência da culpa do sujeito em posição de liderança, existe uma distorção da prevenção geral que, por isso, não poderá fornecer a moldura mais adequada. O terceiro argumento diz respeito à prevenção especial que, como analisámos, é a finalidade que fixa, a final, a medida concreta da pena. Não estando em causa, na nossa perspetiva, uma verdadeira finalidade de prevenção especial da pessoa coletiva, mas sim da pessoa singular em posição de liderança, também a sua contribuição na determinação dos dias de multa da pessoa coletiva se revela inapta e inadequada.

Estando a primeira operação de determinação da pena inquinada de vícios, a pena de multa já não será apta a atingir as finalidades apontadas pelo legislador português – a prevenção geral positiva e a prevenção especial positiva da pessoa coletiva. A operação de determinação do quantitativo diário não consegue, só por si, colmatar as deficiências preventivas oriundas da operação da determinação de dias de multa. É, na verdade, a operação de determinação de dias, guiada pelas exigências de prevenção e limitada pela culpa, que separa a pena de multa de um mero imposto, que lhe atribuí verdadeiro carácter criminal²⁶⁵.

É por isso que, em nosso ver e, independentemente dos méritos que acompanharem a operação de determinação do quantitativo diário²⁶⁶ da pena de multa da pessoa coletiva, esta pena nunca pode ser considerada apta a perseguir as finalidades que se lhe atribuem²⁶⁷.

²⁶⁵ Semelhante, considerando que o “*substrato material da multa*” reside no seu “*teor valorativo enquanto pena criminal*”, Fernandes Godinho, *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico*, p. 71.

²⁶⁶ *Supra*, ponto 2.3. do trabalho.

²⁶⁷ Apesar do nosso legislador ter optado pela manutenção do sistema de dias multa para determinar a pena de multa concreta aplicável à pessoa coletiva, existem outras propostas de determinação construídas especificamente para a pessoa coletiva. Entre as propostas conhecidas destaca-se a “*equity fine*” de JOHN COFFEE e a “*pass through fine*” de KENNEDY. A primeira proposta defende que a multa consista numa redução do valor nominativo de cada ação. Por cada montante reduzido, a pessoa coletiva deve emitir novas ações, propriedade do Estado, e que deverão ser utilizadas para ressarcir as vítimas do crime. Ao afetar a

Se, pelo contrário, o legislador deixasse cair a designação de pena aplicável a pessoa coletiva e a considerasse como pena aplicável à pessoa singular em posição de liderança, tanto as finalidades propugnadas como a forma de conjugação entre estas seria adequada. Se assim fosse, deixar-se-iam cair as teorias adaptadas da pena à pessoa coletiva, recorrendo-se às tradicionais, visto que estaríamos no domínio da responsabilidade penal tradicional.

Para a pena de multa sancionar, verdadeiramente, a pessoa coletiva, seria necessário não só repensar o modelo de responsabilidade consagrado no art. 11.º, n.º 2, como também o modo de determinação da pena de multa. De facto, não basta adequar as teorias à diferente realidade da pessoa coletiva. É ainda necessário que o modo de determinação da medida concreta pena seja adequado à prossecução das finalidades apontadas. Se a pessoa coletiva é considerada passível de responsabilidade penal, esta responsabilidade tem que satisfazer as exigências básicas – embora adequadas à realidade da pessoa coletiva – do Direito Penal. Caso contrário, existe uma usurpação deste ramo do Direito, que se traduz na sua mobilização e aplicação a situações que não lhe cabe tutelar.

Existe, contudo, mais um argumento que, na nossa perspetiva, sustenta a posição de que a pena de multa da pessoa coletiva é, na verdade, uma pena estruturada para o sujeito que se encontra em posição de liderança na pessoa coletiva.

4.3.1.1. O art. 11.º, n.º 9 CP

Nos termos do art. 90.º-B, n.º 6 CP, terminado o prazo do pagamento da multa ou de alguma das suas prestações sem que o respetivo pagamento esteja efetuado, procede-se à execução do património da pessoa coletiva ou entidade equiparada. Contudo, perante o não pagamento voluntário ou coercivo da multa, esta, por impossibilidade fática da pessoa coletiva cumprir uma pena de prisão, não pode ser convertida em prisão subsidiária (art. 90.º-B, n.º 7).

Para fazer face a possíveis impossibilidades de pagamento, o legislador, no art. 11.º, n.º 9 dispõe que “*sem prejuízo do direito de regresso, as pessoas que ocupem uma*

estrutura interna da empresa, a “*equity fine*” é habitualmente apontada como o tipo de multa indicada para o modelo estrutural. Coffee, «“No Soul to Damn, No Body To Kick”: An Unscandalized Inquiry Into the Problem of Corporate Punishment», p. 211. Por sua vez, a “*pass through fine*” pretende que cada acionista seja civilmente responsável pelo pagamento de uma parte da quantia de multa proporcional ao valor das suas ações. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 284.

posição de liderança são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das multas e indemnizações em que a pessoa coletiva ou entidade equiparada for condenada, relativamente aos crimes: a) praticados no período de exercício do seu cargo, sem a sua oposição expressa; b) Praticados anteriormente, quando tiver sido por culpa sua que o património da pessoa coletiva ou entidade equiparada se tornou insuficiente para o respetivo pagamento; ou c) Praticados anteriormente, quando a decisão definitiva de as aplicar tiver sido notificada durante o período de exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.” (sublinhado nosso). Este número do art. 11.º CP pretende funcionar como uma garantia de pagamento dos montantes da multa aplicada à pessoa coletiva, dado que a transformação desta pena em prisão subsidiária não é possível por força da tipologia do sujeito punido.

No plano no direito penal secundário, nomeadamente no art. 8.º do RGIT, vigorava já esta solução²⁶⁸⁻²⁶⁹. Esta solução não é, deste modo, original da Reforma de 2007, mas é,

²⁶⁸ O art. 8.º, n.º 1 RGIT, idêntico ao art. 11.º, n.º 9 CP, é uma norma controversa no que tange à sua interpretação e nas consequências que advêm dessa interpretação. O art. 8.º, n.º 1 prevê a responsabilidade subsidiária de administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam funções de administração, mesmo que só de facto, na pessoa coletiva por multas ou coimas que resultem (i) de factos praticados no exercício do seu cargo (al. a)), (ii) de factos anterior ao período de exercício do seu cargo, desde que o facto da pessoa coletiva dispor de património insuficiente para satisfazer a multa ou a coima lhe seja imputável (al. a)), (iii) por factos anteriores ao exercício do seu cargo se a decisão definitiva de aplicação da multa ou coima for notificado durante o seu período de exercício de cargo e lhe seja imputável a falta de pagamento (al. b)). À semelhança do art. 11.º, n.º 9 CP, a doutrina discute qual a verdadeira natureza deste preceito: se estamos perante uma regra de responsabilidade civil ou, pelo contrário, perante uma regra sancionatória (penal ou contraordenacional) e, por isso, perante uma violação do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal. A análise do regime contraordenacional extravasa o nosso objeto de estudo presente, pelo que iremos chamar a atenção para o facto de nem toda a doutrina concordar que, também no direito contraordenacional, vale o art. 30.º, n.º 3 CRP (assim, por exemplo, o voto de vencido de Maria João Antunes no Ac. n.º 437/2011 do TC e, em sentido contrário, Manuel da Costa Andrade, no voto de vencido do Ac. n.º 691/2016 do TC e, ainda, Nuno Brandão, *Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão À Convergência Material* (Coimbra Editora, 2016), p. 917). Contudo, não podemos fechar os olhos à (abundante) jurisprudência constitucional existente acerca do problema da natureza do preceito, mesmo quando se refere apenas à responsabilidade subsidiária pelo pagamento de coimas. Segundo o Ac. n.º 149/2012 do TC, o entendimento da jurisprudência constitucional perante a responsabilidade subsidiária pelo pagamento de coimas é transponível para o domínio da responsabilidade subsidiária por multas, também prevista no preceito. Ora, para o referido Tribunal, esta transposição é possível devido à interpretação que realiza ao preceito como um todo, pois, para este “*não existe transmissão de um ilícito contraordenacional que se transmite, mas a responsabilidade culposa pela frustração da satisfação do crédito correspondente que se efetua contra o gerente ou administrador que, incumprindo deveres funcionais, não providenciou no sentido de que a sociedade efetuasse o pagamento da coima em que estava definitivamente condenada e deixou criar uma situação em que o património desta se tornou insuficiente para assegurar a cobrança coerciva*” (Ac. n.º 150/2009 do TC). No mesmo sentido vejam-se, ainda, os Ac. n.º 129/2009, n.º 234/2009, n.º 561/2011 (embora este seja referente ao art. 7.º-A do RJFNA), n.º 437/2011 e n.º 249/2012, todos do TC.

²⁶⁹ Situação diferente da existente em torno do art. 8.º, n.º 1, al. a) e b) foi a do revogado art. 8.º, n.º 7 RGIT, que previa a responsabilidade solidária por multas e coimas de quem colaborasse dolosamente na prática de infração tributária, independentemente da sua responsabilidade pessoal pela infração. O Ac. n.º 171/2014 do TC, no que tange à responsabilidade solidária por multas, declarou a inconstitucionalidade, com força

porventura, criticável tanto no plano do direito penal secundário como do direito penal primário.

Na lição de FIGUEIREDO DIAS, “a multa é, como toda a pena criminal, um efeito de natureza pessoalíssima, não podendo (...) ser paga por terceiro”²⁷⁰. Este ensinamento é uma das concretizações do princípio constitucional da intransmissibilidade da responsabilidade penal (art. 30.º, n.º 3 CRP), que dita a “impossibilidade de “substituição/transferência” por terceiro (ou seja, que não o próprio condenado) no cumprimento ou na execução de uma pena – seja no caso da “transmissão” voluntária, seja naturalmente no caso da “transmissão, legal ou forçosa, da responsabilidade penal”²⁷¹, e que, por sua vez, constitui uma projeção do princípio da culpa.

obrigatória geral, da norma, por considerar que viola o art. 30.º, n.º 3 CRP. O TC, em linha com o afirmado anteriormente nos Ac. n.º 297/2013 e n.º 354/2013, ambos do TC, considera que a regra de responsabilidade plasmada no artigo implica que a pena recaia sobre pessoa diferente daquela que praticou o facto que lhe serve de fundamento e, por isso, mobiliza argumentos não despiciendo para o problema que tratamos. O Ac. referido *supra* afirma que a responsabilidade solidária por multa representa “uma transmissão de pena com o sentido definido pelo artigo 30.º, n.º 3, da Constituição”, existindo “a imputação de responsabilidade a uma certa categoria de sujeitos para suprir a inoperatividade prática da responsabilidade penal que recai sobre a pessoa coletiva” e que, através da dita norma, “a pessoa coletiva exime-se ao cumprimento da pena através da transferência do dever de pagar a multa para o devedor solidário e o Estado exonera-se, por essa via, do exercício do *jus puniendi* de que é titular”. O douto Tribunal afirma que a necessidade de acautelar o pagamento da multa, embora compreensível de um ponto de vista utilitarista, não pode justificar a transferência da responsabilidade penal através de uma regra de responsabilidade civil. Acrescenta, ainda, que a multa não pode transformar-se num dano/prejuízo a ressarcir, sobretudo porque a reparação do referido dano/prejuízo assentaria, sempre, no facto ilícito típico. Pode ler-se, ainda, que, na opinião do Tribunal, a determinação da medida concreta da pena de multa aplicada à pessoa coletiva “tem por base fatores exclusivamente atinentes à pessoa coletiva enquanto autora da infração, e à qual são estranhas quaisquer circunstâncias que digam pessoalmente respeito ao responsável solidário”. Não vingam, assim, o entendimento puramente utilitário, segundo o qual esta norma encerra nada mais que “um mecanismo de garantia do pagamento quantitativo monetário da multa”, despida da sua “censura penal”. (Em sentido contrário, veja-se o Ac. de Uniformização de Jurisprudência do STJ, de 8 de janeiro de 2014, consultado através do Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 11/2014 do STJ referido *infra*, e a obra de Fernandes Godinho, *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico*). Como veremos nesta parte da nossa dissertação, cremos que as mesmas críticas podem ser dirigidas quanto ao art. 11.º, n.º 9 do CP que permite, para suprir a inoperatividade prática da RPPC, a transmissão da responsabilidade penal da pessoa coletiva, violando o art. 30.º, n.º 3 CRP, embora, como também veremos, esta regra não representa nada mais do que uma desculpa para atribuir a responsabilidade ao sujeito que, desde o primeiro momento, o legislador pretendia punir. De sublinhar, por último, que, por força do trânsito em julgado do Ac. n.º 171/2014 do TC, o STJ viu-se obrigado a reformar a jurisprudência anteriormente fixada (Ac. n.º 11/2014, Proc. n.º 331/04.0TAFIG-B.C1-A.S1 do STJ). O STJ, neste último Ac., considerou a posição do TC incongruente, face ao juízo de não inconstitucionalidade da responsabilidade solidária por coimas prevista no art. 551.º, n.º 3 CT (assim, o Ac. n.º 180/2014 e o Ac. n.º 691/2016, ambos do TC) e, ainda, no art. 198.º, n.º 2, b) da Lei 23/2007 (assim, o Ac. n.º 44/2018 do TC). De sublinhar, no entanto, que ambas situações têm voto de vencido de Manuel da Costa Andrade, que considera existir violação do 30, n.º 3 CRP e, ainda, a voz discordante de Nuno Brandão, *ibid*, p. 919 e 920, relativamente ao art. 551.º, n.º 3 CT, considerando a norma ferida de inconstitucionalidade material.

²⁷⁰ Figueiredo Dias, *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, p. 118.

²⁷¹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I*, 2.ª Ed. (Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010), p. 683. O princípio aflora, ainda, na obrigatoriedade de extinção da pena com a morte do condenado e na impossibilidade de subrogação no seu cumprimento. Assim, Gomes

O art. 11.º, n.º 9 CP tem sido interpretado pela doutrina de dois modos distintos. Parte da doutrina considera que o preceito consagra uma regra de responsabilidade civil²⁷², de cariz ressarcitório. Segundo esta interpretação, esta responsabilidade decorre da implicação do sujeito na frustração do pagamento da quantia da pena de multa fixada em sede de responsabilidade penal²⁷³, pelo que o MP deverá demandar civilmente o sujeito em posição de liderança aquando da dedução da acusação contra a pessoa coletiva. É necessário que ao sujeito seja imputável a falta de pagamento, seja por incumprimento por decisão do próprio (art. 11.º, n.º 9, c) CP) ou por ter contribuído para a diminuição culposa (dolosa ou negligente) do património da pessoa coletiva (art. 11.º, n.º 9, b))²⁷⁴.

Assim, de acordo com esta posição doutrinal, não estamos perante uma regra de natureza penal, e, por isso, não existindo transmissão de responsabilidade penal, o art. 30.º, n.º 3 CRP é respeitado. Estamos, isso sim, perante uma regra de responsabilidade civil, fundamentada num facto culposo distinto e autónomo do facto que originou a responsabilidade penal da pessoa coletiva.

A segunda interpretação, pelo contrário, considera que o art. 11.º, n.º 9 consagra uma verdadeira transmissão legal da responsabilidade penal da pessoa coletiva, chocando frontalmente com o princípio jurídico-constitucional da intransmissibilidade da responsabilidade penal²⁷⁵, e, bem assim, com o princípio da culpa. Implicitamente, de

Canotilho e Moreira, *Constituição da República Anotada. Volume I*, p. 504 e, também, o Ac. n.º 337/03 do TC.

²⁷² Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 141 e ss.; Marques da Silva, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, p. 439 e 444. Apesar de não se pronunciar expressamente quanto à natureza civil ou penal do preceito, Jorge dos Reis Bravo afirma, todavia, que é uma regra sem “*caráter material*” e que “*é determinada por uma ordem de razões de praticabilidade*”, permitida, por um lado, pela “*fungibilidade da obrigação que decorre da condenação*” e, por outro lado, pelo facto de o legislador não se encontrar vedado a atribuir um ónus de garantia a quem ocupe uma posição de liderança. Reis Bravo, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, p. 228. Pode inserir-se aqui, ainda, a posição do TC perante o art. 8.º, n.º 1, a) e b) do RGIT, preceito que, como vimos, dispõe uma letra muito próximo do art. 11.º, n.º 9 CP.

²⁷³ Deixamos de parte a questão da responsabilidade subsidiária das coimas e das multas processuais, também abrangidas pelo art. 11.º, n.º 9, CP, pois extravasam o escopo do nosso trabalho.

²⁷⁴ Questionamos, contudo, em que se fundamenta a alínea a) do art. 11.º, n.º 9 do CP, que exige, apenas, que o sujeito não se oponha expressamente ao cometimento do facto...

²⁷⁵ Diferentemente, DAMIÃO DA CUNHA considera que o princípio da intransmissibilidade não deve ser transposto, “*sem mais*”, para o âmbito sancionatório das pessoas coletivas. O autor argumenta que a *ratio* que impele à vigência deste princípio no âmbito das pessoas singulares não vigora, pelo menos nos mesmos termos, no domínio das pessoas coletivas. Acresce, ainda, que as entidades coletivas, para atuarem, carecem de pessoas singulares que as representem. (Damião da Cunha *in* Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I*, p. 684) No entanto, se o art. 30.º, n.º 3 CRP é uma trave mestra da responsabilidade penal e se a RPPC uma verdadeira responsabilidade penal, parece-nos, por maioria de

acordo com esta interpretação, este preceito permite que um terceiro – o sujeito em posição de liderança – cumpra, no lugar da pessoa coletiva condenada, a pena de multa²⁷⁶.

No caso deste sujeito ser co-arguido no processo e, tal como a pessoa coletiva, ser condenado, esta regra possibilita, ainda, que sobre o sujeito impenda o cumprimento de duas penas resultantes do mesmo facto, violando o princípio *ne bis in idem* (art. 29.º, n.º 5 CRP).

No nosso entender, estamos, de facto, perante uma violação do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal e, por isso, rejeitamos o entendimento de que nos encontramos perante responsabilidade civil. Estribamos esta posição no facto da quantia a ser paga pelo sujeito ser a mesma quantia que foi apurada em sede de determinação da medida concreta da pena de multa, não existindo uma operação autónoma que faça jus à violação autónoma e culposa de deveres pela frustração de um crédito²⁷⁷. O sujeito irá satisfazer a multa no seu todo, enquanto quantia pecuniária destinada a censurar certo facto passado e a prevenir a repetição do dito facto futuro, e não apenas o seu valor monetário²⁷⁸. Este é o principal argumento que, no nosso entender, sustenta a interpretação do art. 11.º, n.º 9 como uma regra de transmissão legal de responsabilidade penal.

Acresce, ainda, que não existe real necessidade de consagração de uma regra que sancione a subtração dolosa ou negligente do património social da pessoa coletiva. Esta conduta pode, de facto, constituir um método de subtração ao pagamento da pena de multa pela pessoa coletiva. No entanto, a possibilidade de recurso a este método, em parte²⁷⁹, já

razão, que este novo sujeito do direito penal deve, igualmente, respeitar os princípios que enformam e legitimam o sistema criminal português.

²⁷⁶ Neste sentido, Brandão, «O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal», p. 51, que afirma que só “*jogos de palavras conseguem iludir que o que verdadeiramente ocorre é uma transmissão da responsabilidade penal do agente da infração*”; Tomé de Carvalho, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas», p. 88 a 90; e, ainda, o voto de vencido de Maria João Antunes no Ac. n.º 137/2011 do TC.

²⁷⁷ Para evitar esta situação, DAMIÃO DA CUNHA alerta para a necessidade desta responsabilidade ser objeto de um juízo autónomo, assente em critérios distintos daqueles que regulam a responsabilidade penal. Damião da Cunha in Miranda e Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I*, p. 685.

²⁷⁸ Fernandes Godinho, *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico*, p. 68 e ss., distingue entre a forma, o substrato e o conteúdo pecuniário da multa, mas conclui que estes elementos são separáveis entre si. Embora concordemos que estes elementos são distintos entre si, parece-nos que a multa, para ser considerada uma pena, não pode ser despida de nenhum destes. Falhando um elemento, não podemos falar em pena de multa, pelo que considerar o referido preceito como albergando uma regra de responsabilidade civil com o argumento de que apenas vale uma faces da multa (no caso, a do valor pecuniário) é sinónimo de afirmar que não nos encontramos perante uma pena de multa.

²⁷⁹ Afirmamos que a situação só se encontra tutelada em parte devido ao facto deste artigo exigir que a pessoa coletiva seja colocada numa situação de insolvência. Não abrange, por isso, os casos em que, apesar de não existir subtração suficiente do património social para a pessoa coletiva incorrer em insolvência,

se encontrava tutelada pelo CP, no domínio dos crimes falenciais, sendo punível o sujeito que coloca ou, pelo menos, não evita, podendo, que a pessoa coletiva entre em insolvência.

Não existindo distinção nas quantias a serem pagas, e dispondo a letra do artigo que “*as pessoas em posição de liderança são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento de multas*” que impendam sobre a pessoa coletiva, parece que o art. 11.º, n.º 9 do CP representa uma “*forma mascarada de transferência de responsabilidade*”²⁸⁰.

Deixando de parte a iminente inconstitucionalidade da norma, bem como as críticas de que esta é alvo, voltamos, agora, a nossa atenção para as implicações que resultam da interpretação que perfilhamos. Recapitulando, o art. 11.º, n.º 9 permite que o sujeito em posição de liderança seja subsidiariamente responsável pelo pagamento da multa que recaia sobre a pessoa coletiva, colidindo este preceito com os pilares nos quais assenta o edifício da responsabilidade penal. Como sublinha NUNO BRANDÃO, estamos não só perante uma inconstitucionalidade²⁸¹ – por força de violação do princípio da intransmissibilidade da pena e do princípio da culpa –, como, simultaneamente, perante uma degradação da natureza sancionatória da pena de multa numa natureza creditícia²⁸².

O propósito da aplicação de uma pena de multa não é, pura e simplesmente, o pagamento de certa quantia pecuniária, como se estivéssemos perante um direito de crédito titulado pelo Estado. O propósito da aplicação deste tipo de sanção é, isso sim, que, através do pagamento desta quantia, seja possível satisfazer as necessidades preventivas despoletadas pela violação de certo bem jurídico-penal e, bem assim, cumprir a função do Direito Penal.

Ora, é ponto assente que as necessidades preventivas originadas pela prática do facto só são satisfeitas quando a pena é cumprida pelo agente que o praticou e que ditou a sua condenação²⁸³. Se a responsabilidade penal emergente do art. 11.º, n.º 2 for,

todavia, a pessoa singular subtrai o suficiente para evitar o pagamento da multa. No entanto, não parece que, dada a estreiteza desta hipótese, que existam muitas situações passíveis de ser albergadas por esta.

²⁸⁰ Expressão de Reis Bravo, *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, p. 227.

²⁸¹ Embora, pelo que nos foi possível apurar, o art. 11.º, n.º 9 CP ainda não foi objeto de pronúncia pelo TC, sendo apenas recorrer à interpretação do Tribunal quanto ao art. 8.º, n.º 1, a) e b) RGIT. Sobre estes, veja-se *supra*.

²⁸² Brandão, «O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal», p. 52.

²⁸³ “*A cominação e imposição de uma sanção (...) leva consigo um complementar momento comunicativo-expressivo: ela contém a confirmação de um comportamento indevido, estando em primeira linha orientado para a alteração do comportamento futuro do arguido (...). O que só faz sentido se reportado a um comportamento concretamente delimitado e individualizado*”. Jahn Matthias e Dominik Brodowski, «Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen ultima Ratio-Prinzips», *Juristenzeitung* 71, n. 20 (2016), p. 975 (tradução de Manuel da Costa Andrade no seu voto de vencido no Ac. n.º 691/2016 do TC).

verdadeiramente, da pessoa coletiva, então as necessidades preventivas que se fazem sentir face à pessoa coletiva condenada nunca poderão ser satisfeitas mediante o cumprimento da pena pelo sujeito não condenado (ou, em pior cenário, pelo sujeito também ele condenado pelo mesmo facto, nos termos que referimos *supra*), independentemente da existência de um direito de regresso face à pessoa coletiva condenada²⁸⁴.

Não é esta, porém, a nossa posição. Como já avançado e desenvolvido, consideramos que a RPPC, nos termos em que se encontra positivada no CP português, constitui uma forma encapotada de punição indireta das pessoas que se encontram em posição de liderança da pessoa coletiva. Por isso, a regra prevista no art. 11.º, n.º 9 CP apesar de, formalmente, consagrar uma regra de transmissão de responsabilidade penal, na verdade, materialmente, está apenas a atribuir a pena de multa ao sujeito que, desde o início, quis responsabilizar pela prática do facto.

O legislador, tanto nas finalidades propugnadas como no modo de determinação concreta da medida da pena, tem por referência, sempre e sem excepção, a pessoa singular, pelo que este preceito apresenta-se-nos como uma confirmação de que, para o legislador, são irrelevantes os efeitos da pena face à pessoa coletiva. Se é apenas no momento de aplicação da pena que a pessoa coletiva surge, o facto desta não dispor de suficiente património afigura-se como uma desculpa mascarada que permite atribuir a pena ao sujeito responsável e para o qual foi edificada a pena.

4.3.2. A pena de dissolução

Nos termos do art. 90.º, F CP, a pena de dissolução será aplicável à pessoa coletiva em uma de duas situações: (i) quando esta seja criada com a intenção exclusiva ou predominante de praticar os crimes elencados no art. 11.º, n.º 2 CP²⁸⁵, ou (ii) quando a

²⁸⁴ A referência ao direito de regresso do sujeito à pessoa coletivo, pela letra do art. 11.º, n.º 9 CP, afigura-se, me nosso ver, relativamente paradoxal. Tanto a al. a) como a al. b) exigem que, para se operar a transmissão da responsabilidade penal, a pessoa coletiva não se encontre numa situação patrimonial que permita o pagamento da multa. O impacto reputacional de um processo penal poderá ditar que, no futuro, a pessoa coletiva não consiga pagar a dita quantia à pessoa singular, especialmente se estiver em causa uma pequena ou média empresa que não disponha das condições de, no futuro, recuperar o património perdido e dispor das condições para efetuar o pagamento. Podemos, ainda, depararmo-nos com uma situação de insolvência que impossibilita totalmente o sujeito em posição de liderança de recuperar a quantia dispendida no pagamento de uma multa que, formalmente, não lhe cabia cumprir...

²⁸⁵ Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 414, refere, até, que a “*intenção exclusiva ou predominante*” de praticar

prática reiterada destes crimes demonstre que a pessoa coletiva está a ser utilizada, exclusiva ou predominantemente, para esse efeito²⁸⁶ por quem nela ocupe uma posição de liderança.

Apesar de a pena de dissolução ser uma pena própria e exclusiva da pessoa coletiva, verificamos que a peça chave para que esta pena seja considerada aplicável à pessoa coletiva reside, uma vez mais, na pessoa singular em posição de liderança. A letra do artigo “*faz apelo à ideia da completa instrumentalidade da pessoa coletiva face aos objetivos e interesses de quem a cria com a intenção de cometer crimes e isso reconduz-nos à responsabilidade individual daqueles que agem culposamente, mas não à da pessoa coletiva em si*”²⁸⁷.

Esta insistência do legislador português em recorrer à figura da pessoa em posição de liderança, seja para “acionar” a RPPC, ou para “acionar” a aplicabilidade de determinada pena, coloca, em nosso ver, e, como de resto já temos analisado, muitas questões no que tange à bondade das intenções do legislador e, bem assim, do fundamento e da finalidade das sanções penais das pessoas coletivas. Direcionando, agora, a nossa atenção para a pena de dissolução, não cremos que esta seja uma sanção penal apta à persecução das finalidades propugnadas pelo art. 40.º, CP.

Em primeiro lugar, não conseguimos desvendar qualquer vestígio de prevenção geral positiva ou de prevenção especial positiva nesta consequência jurídica penal. Esta pena dita o fim da pessoa coletiva, da sua personalidade jurídica, o que impede qualquer efeito de efeito de aprendizagem, de exercício de confiança do Direito e de pacificação da comunidade pela via positiva. Impede, também, que a pessoa coletiva condenada se reorganize de acordo com os valores do Direito, pois, com a sua extinção, fica excluída qualquer possibilidade de reestruturação e adequação à cultura do Direito.

os crimes elencados no art. 11.º, n.º 2 CP não exige a concretização de algum dos crimes intencionados, sendo atentatório do paradigma do direito penal do facto. Quanto a nós, parece-nos que, na prática judicial, existirá um grave problema em provar a dita intenção.

²⁸⁶ Sousa Mendes, «A Responsabilidade de Pessoas Colectivas no âmbito da Criminalidade Informática em Portugal», p. 12 e 13 considera que, neste caso, a sanção é pouco efetiva porque os representantes não exercem o seu direito de defesa no processo o que conduz à condenação da pessoa coletiva, uma condenação que o autor adjetiva de simbólica e, por isso, contraproducente.

²⁸⁷ Tomé de Carvalho, «Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas», p. 95. Semelhante, Torrão, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*, p. 422 a 431 defende que não estamos perante uma sanção penal propriamente dita, pois, aqui, a pessoa coletiva apresenta-se como um instrumento e não como um sujeito de crime. Sobre a posição do autor, *infra*.

Admitimos, no limite, que esta pena persegue uma finalidade de prevenção geral negativa, pretendendo o legislador que, com a supressão da pessoa coletiva fantoche²⁸⁸, a comunidade (quer cidadãos comuns, quer sujeitos em posição de liderança em outras pessoas coletivas) se sinta dissuadida a adotar o mesmo comportamento, deixando claro que, mesmo com o recurso a um véu corporativo, estas condutas não saem impunes²⁸⁹. Quanto à prevenção especial negativa, parece-nos que esta, à semelhança do que sucede com a prevenção especial positiva, é uma finalidade inoperante devido ao conteúdo concreto que conforma esta sanção penal. Esta pena implica a extinção do sujeito, sendo, por isso, impossível defender que esta pena possa ter qualquer efeito educativo ou dissuasório no futuro deste sujeito.

Em segundo lugar, parece-nos que esta sanção pretende impedir que as pessoas singulares cometam crimes que, se não fosse pela interposição e instrumentalização da pessoa coletiva, não levariam a cabo. Ao dissolver a pessoa coletiva, o legislador pretende anular a condição que permitiria o florescimento de crimes, ou seja, eliminar o instrumento que tornava possível a prática de factos ilícitos típicos por determinadas pessoas singulares.

Parece, portanto, que a primeira preocupação do legislador é conter os ímpetus criminosos dos sujeitos que se encontram em posição de liderança, pretendendo que, ao lhes retirar o instrumento que permite e potencia a prática de crimes, se distanciem do mundo do crime. Para atingir este fim, o legislador – uma vez mais – sacrifica a pessoa coletiva, em atropelo dos seus direitos fundamentais.

Todavia, não cremos que, só por si, a pena de dissolução consiga garantir o afastamento das pessoas singulares que recorreram à pessoa coletiva-instrumento da prática de factos ilícitos típicos. De facto, esta pena apenas impede, a utilização *daquela* pessoa coletiva em concreto, através da sua dissolução. A subtração deste instrumento não

²⁸⁸ Nas palavras de Fernando Torrão, «O paradigma liberal na era do (pós-moderno) “direito penal do risco”. *Societas delinquere potest?*», p. 774 e 775 estamos perante “*uma espécie de “fantoche”, “cortina”, “manto” ou “véu” que serve de instrumento de ocultação à prática de atos (ilícitos ou fraudulentos) por parte das pessoas físicas*”, mas nunca perante uma verdadeira pessoa jurídica.

²⁸⁹ A prevenção geral negativa a que nos referimos neste ponto não coincide com o modelo económico da pena referido *supra*. Como estudamos, esta “versão” da prevenção geral negativa coloca o seu foco na pena de multa e no seu conteúdo pecuniário, bem como na análise quase matemática entre benefícios/desvantagens resultantes da prática do crime. Na nossa opinião, esta teoria não tem aplicabilidade na pena de dissolução pois, atentando no conteúdo desta pena, a desvantagem resultante da descoberta do crime (a extinção da pessoa coletiva) seria sempre superior a qualquer benefício obtido com a prática do crime, pelo que, se esta teoria fosse vigente, estaria descoberto o método mais eficiente de travar a criminalidade empresarial (embora, em grande parte das situações, fosse uma sanção desproporcional face ao facto cometido).

impede, contudo, as pessoas singulares de se reunirem e conceberem uma nova pessoa coletiva, distinta da dissolvida, com o mesmo intuito.

Para existir uma verdadeira garantia de afastamento seria necessário associar a pena de dissolução a uma interdição profissional das pessoas singulares responsáveis envolvidas e identificadas²⁹⁰, caso contrário, como referido, nada impede a repetição do mesmo comportamento. Por isso, avaliando a pena consagrada no art. 90.º-F, CP à luz, apenas, da sua eficácia, estamos em crer que esta fica aquém das expectativas.

Por tudo o que ficou exposto, e apesar das críticas (já) tecidas, parece-nos que a principal finalidade desta pena consiste na inocuização das pessoas singulares que pretendem utilizar ou que, presentemente, já utilizam a pessoa coletiva para a prática reiterada de crimes²⁹¹. À semelhança do que verificámos relativamente à pena de multa, também aqui – e, até, em grau superior – a pena aplicável à pessoa coletiva pretende atingir as pessoas singulares que se escondem por detrás dela.

Esta pena persegue, assim, uma finalidade de prevenção especial negativa da pessoa singular, pois o seu único objetivo é retirar o instrumento (pessoa coletiva) das mãos das pessoas singulares que a utilizam para fins ilegítimos. Não conseguindo responsabilizar estes sujeitos pela via tradicional, de imputação individual, – ou, até, conseguindo, mas considerando que não é suficiente – o legislador recorre a esta sanção penal, ignorando o estatuto da pessoa coletiva enquanto sujeito do Direito.

Apesar de esta pena, antes da Reforma de 2007, já constar, igualmente, do rol de penas principais previstas para as pessoas coletivas no âmbito do direito penal secundário²⁹², na nossa perspetiva, esta consequência jurídica não deveria ser considerada uma pena da pessoa coletiva.

Como referimos anteriormente, a aplicação desta pena pressupõe que a pessoa coletiva esteja a ser utilizada, ou para ser utilizada, exclusiva ou predominantemente para

²⁹⁰ Também assim, Seixas Meireles, «Sanções das (e para as) pessoas colectivas», p. 526.

²⁹¹ Na mesma linha de pensamento, Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 315 e 314. O autor chama, ainda, à atenção de que esta pena deve reservar-se para pessoas coletivas que desenvolvam apenas uma atividade puramente criminosa, pois, fora destes casos, o impacto na liberdade da empresa e no seu património será desproporcionalmente e, por isso, será de duvidosa constitucionalidade. Indo mais longe, o autor propugna pela exclusão desta sanção do catálogo de sanções penais a aplicar à pessoa coletiva e pela sua inclusão enquanto consequência acessória. Esta afirmação encontra-se em linha com a posição do autor quanto à finalidade da pena aplicável da pessoa coletiva (que referimos *supra*), visto que não é possível impulsionar a auto-organização ou uma atitude de prevenção futura de crimes se a pessoa coletiva for dissolvida.

²⁹² É o caso do art. 7.º, n.º 1, al. c) do DL n.º 28/84, de 20 de janeiro. Pelo contrário, no RGIT, a pena de dissolução encontra-se consagrada como pena acessória (art. 16.º, h) do diploma).

fins criminosos. O legislador imprime na letra do art. 90.º-F CP a ideia de que a pessoa coletiva, nesses casos, não atua como o verdadeiro sujeito responsável pela violação da norma penal mas, sim, que se trata de um sujeito instrumentalizado na sua totalidade, que consiste num instrumento concebido e utilizado para a dita violação. Não compreendemos, por isso, como pode ser apelidada de pena uma sanção aplicada a um “sujeito” monopolizado desde a sua criação à sua dissolução.

Existem, porventura, duas explicações distintas que se poderão avançar perante este art. 90.º-F CP. A primeira explicação encontra-se na linha do já avançado para a pena de multa aplicável às pessoas coletivas e tenta justificar a natureza de “pena” da sanção contida no art. 90.º- F CP. Não existindo pena sem culpa, e, assim, sendo a culpa pressuposto incontornável da pena, o legislador, contra os princípios fundamentais do Direito Penal, lança mão da culpa que brota da pessoa singular em posição de liderança e atribui a mesma à pessoa coletiva, pois este é o método mais eficiente para lidar com a criminalidade de empresa. Existe, novamente, uma subversão do instituto da pena e utiliza-se este instituto jurídico para alcançar um sujeito que não o punido.

A segunda explicação afasta a natureza de pena desta sanção, e, aos nossos olhos, é a explicação que se apresenta como mais plausível. Devido aos seus contornos concretos, esta sanção apresenta-se como uma medida mais próxima de uma medida de segurança do que de uma pena propriamente dita. Ao dissolver a pessoa coletiva, o legislador pretende neutralizar o perigo que a pessoa coletiva representa nas mãos daquelas pessoas singulares.

FERNANDO TORRÃO²⁹³ sustenta que esta medida é semelhante à prevista no art. 109.º CP, que prevê a perda de instrumentos. Este preceito prevê que “*sejam declarados a favor do Estado os instrumentos do facto ilícito típico, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo as pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos, considerando-se instrumentos de facto ilícito típico todos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a sua prática.*”

Apesar da dissolução da pessoa coletiva ser imposta pela elevada probabilidade de esta continuar a ser utilizada enquanto um “instrumento do crime” ou quando a sua criação é o resultado deste intuito criminoso, esta medida distingue-se da prevista no art. 109.º, CP. A perda de instrumentos é ditada pelos “*riscos específicos e pela perigosidade do próprio*

²⁹³ Torrão, *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*, p. 422 a 431.

*objeto e não pela perigosidade do agente do facto ilícito (daí que não possa ser considerada uma medida de segurança)*²⁹⁴, o que não sucede quanto à pessoa coletiva. Esta irá perseguir o fim que se lhe for atribuído, não constituindo, só por si, um “instrumento” perigoso. Apenas perseguirá fins criminosos se essa for a vontade das pessoas singulares em posição de liderança²⁹⁵, que lhe dão corpo e voz.

No entanto, o autor admite que nos encontramos perante uma “providência sancionatória de natureza análoga à das medidas de segurança”, pelo que, de facto, não nos parece que se possa falar aqui, com propriedade, de uma verdadeira medida de segurança, sendo apenas uma medida próxima a esta. A perigosidade que dita o recurso à pena de dissolução pertence, não à pessoa coletiva, mas à pessoa singular que se aproveita desta – por isso, para nós, este preceito concebe a pessoa coletiva, não como um sujeito jurídico-penalmente relevante, mas como um verdadeiro instrumento facilitador da prática de crimes, despojado das suas características de sujeito autónomo, independente e com vontade própria. Acresce ainda que, ao contrário do que acontece numa verdadeira medida de segurança, esta sanção não se impõe, apenas, devido à perigosidade futura do agente. A letra do artigo exige, no primeiro caso, que a pessoa coletiva tenha sido criada com a “*intenção*” de servir de instrumento da prática do crimes e, no segundo caso, que exista uma “*prática reiterada*” de tais crimes. Estes dois requisitos revelam a ideia de existência culpa do(s) sujeito(s) que a cria(m) ou que a utiliza(m), especialmente no primeiro caso, sendo a culpa um conceito adverso à medida de segurança.

Deste modo, não obstante o *nomem iuris* constante do art. 90.º-F, CP, afastamos, a sua natureza de pena. Estamos, isso sim, perante uma sanção próxima de uma medida de segurança, cuja primordial finalidade consiste na inocuização (prevenção especial negativa) da pessoa singular em posição de liderança. A justificação da aplicação desta medida é, à semelhança do que se verifica nas medidas de segurança, a necessidade de prevenção da prática futura de factos ilícitos-típicos através daquela pessoa coletiva. Esta necessidade alia-se ao perigo do cometimento, no futuro, de novos factos ilícitos-típico pelo sujeito em posição de liderança, isto é, à perigosidade deste(s) agente(s) que atuam convictos de que, devido ao véu corporativo, são impuníveis. No entanto, para existir

²⁹⁴ Ac. de 28/09/2010, Proc. 24/09.2P5LSB-A.L1-5, do TRL.

²⁹⁵ Estamos perante “criminalidade através da empresa” e não de “criminalidade de empresa”. Assim, Fernando Torrão, «O paradigma liberal na era do (pós-moderno) “direito penal do risco”. Societas delinquere potest?», p. 768

maior eficácia preventiva é necessário, como apontámos em momento prévio, associar a esta pena uma interdição profissional das pessoas singulares responsáveis envolvidas e identificadas, para evitar que estas reincidam.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O ATUAL ESTADO DO PROBLEMA

Calcorreado o percurso a que nos propusemos no início deste trabalho, é tempo, agora, de recolher as reflexões semeadas e de tomar uma posição final quanto ao problema das finalidades da pena da pessoa coletiva no ordenamento jurídico-penal português.

Os desafios emergentes da atual sociedade do risco colocam a descoberto as limitações do Direito Penal, enquanto ramo do Direito desenhado à imagem da pessoa humana, para fazer face à atuação difusa e potencialmente danosa das pessoas coletivas. A doutrina penal, para permitir a ascensão da pessoa coletiva a sujeito punível, avançou com duas grandes propostas que possibilitaram a imputação do facto ilícito típico ao ente: os modelos de hetero e de autorresponsabilidade.

O legislador português, através da Lei n.º 59/2007, de 4 setembro, optou por introduzir o modelo de heterorresponsabilidade em detrimento do modelo de autorresponsabilidade, colocando o ênfase na pessoa singular em posição de liderança, que se apresenta como a chave que desencadeia a responsabilidade penal da pessoa coletiva.

Esta introdução não foi, porém, acompanhada de qualquer alteração ou aditamento aos art. 40.º e art. 71.º do CP, preceitos que, como estudámos, são o farol guia na discussão das finalidades da pena no ordenamento português. Concluímos, por isso, que foi intenção do legislador estender a aplicabilidade dos referidos preceitos às pessoas coletivas mas que, esta intenção, mesmo através da adaptação das teorias tradicionais da pena à realidade coletiva, não foi, em termos concretos, bem sucedida.

Esta frustração na extensão das finalidades previstas no art. 40.º CP (a saber, a finalidade de prevenção geral positiva e de prevenção especial positiva), bem como no recurso à moldura de prevenção no momento da determinação da medida concreta da pena (art. 71.º, n.º 1 CP), deriva da opção legislativa vertida no art. 11.º, n.º 2 do CP.

Este número limita-se a indicar quais os pressupostos que determinada pessoa singular deve preencher para que, num segundo momento, seja possível atribuir a sua conduta à pessoa coletiva. A referida atribuição de responsabilidade viola o princípio jurídico-constitucional da culpa e da intransmissibilidade da responsabilidade penal (art. 30.º, n.º 3 CRP), que proíbe que a pena recaia sobre um sujeito distinto daquele que

praticou o facto (Ac. n.º 337/2003 do TC), transformando a pessoa coletiva no garante penal da atuação levada a cabo por determinadas pessoas singulares no seu seio.

Perante este cenário, não se pode pretender que a pena possua um efeito preventivo perante a pessoa coletiva enquanto ente autónomo e independente das pessoas singulares que a compõem. Face ao nosso modelo de imputação do facto à pessoa coletiva, a única finalidade passível de ser atingida pela pena aplicada à pessoa coletiva é a finalidade de prevenção geral pura. Na sua vertente positiva, a pena exercita a confiança no Direito e pacifica a comunidade jurídica, utilizando a pessoa coletiva como um exemplo educativo. Funciona como um meio que permite saciar as reivindicações punitivas de uma sociedade onde cresce, incessantemente, o sentimento de insegurança e de necessidade de controlo de entidades que, de uma forma ou outra, lesam bens jurídico-penais. A sua vertente negativa é também compatível com o nosso modelo de imputação, pois a pena da pessoa coletiva revela grande potencial intimidatório perante a restante comunidade, especialmente perante quadro dirigentes de outras pessoas coletivas que são dissuadidos da prática futura de crimes pela percepção da possibilidade de punição por esses factos.

No entanto, como procurámos expor nas páginas anteriores, o nosso Código Penal não permite que uma pena seja guiada, exclusivamente, por considerações de prevenções geral. É necessário que a pena seja guiada e determinada de acordo com exigências de prevenção geral positiva, que permitem determinar a moldura abstrata da pena, e com exigências de prevenção especial positiva, que determinam, dentro da moldura abstrata previamente determinada, a medida concreta da pena (art. 40.º, n.º 1 e art. 71.º, n.º 1 CP). A medida da pena encontra-se, ainda, limitada pelo grau de culpa jurídico-penal do agente, não podendo, em caso algum, ultrapassar este limite axiológico (art. 40.º, n.º 2 CP).

No nosso entender, esta afirmação implica, concomitantemente, a existência de uma incongruência material entre a finalidade e modo de determinação apontado à pena da pessoa da pessoa coletiva e o modelo de responsabilidade penal contido no art. 11.º, n.º 2 CP, que, como dissemos, atribui a conduta ilícita típica culposa da pessoa singular em posição de liderança à pessoa coletiva.

No que tange à prevenção geral positiva e no recurso a esta finalidade enquanto moldura abstrata, dentro da qual se determina o *quantum* concreto da pena, pensamos que, por força da influência do grau de culpa nas exigências preventivo-gerais, esta moldura não reflete, verdadeiramente, as necessidades de prevenção geral que brotam da pessoa

coletiva. Esta impossibilidade resulta do facto de a culpa que influencia as exigências de prevenção geral ser a mesma culpa que funciona como pressuposto da responsabilidade penal da pessoa coletiva - a culpa jurídico-penal da pessoa singular em posição de liderança. O mesmo sucede face à culpa enquanto limite intransponível da medida concreta da pena, dado que, nas três situações referidas – a saber, a culpa enquanto pressuposto, limite e factor influenciador das exigências de prevenção geral – estamos perante a mesma culpa jurídico-penal, a culpa de um sujeito que não o sujeito punido.

Traçado este quadro, facilmente se depreende que qualquer mobilização de considerações de prevenção especial se vai encontrar vazia de conteúdo. As exigências de prevenção especial só podem ser saciadas pelo agente do crime, dado que apenas este carece de ressocialização ou reeducação. O cenário é idêntico perante as pessoas coletivas. Só fará sentido estimular a sua reorganização e reestruturação se, por um lado, estas tiverem contribuído para a prática do facto ilícito típico e, por outro lado, se esta reorganização e reestruturação contribuir para que, no futuro, não ocorram novamente factos ilícitos típicos no seio coletivo.

Como referimos em momento oportuno, não tem razão de ser a defesa da reorganização da pessoa coletiva no nosso ordenamento, enquanto finalidade da pena, visto que estas modificações internas em nada vão contribuir para a prevenção futura de crimes. A única forma de prevenir a reincidência da pessoa coletiva é através da prevenção especial da pessoa singular em posição de liderança, chave da imputação de responsabilidade da pessoa coletiva. Não compreendemos, de facto, como podem ser as exigências de prevenção especial a fixar o *quantum* concreto da pena da pessoa coletiva. Esta incompreensão é agravada pela baixa probabilidade de a pena da pessoa coletiva operar como uma forma de prevenção indireta da pessoa singular em posição de liderança, pois o Código Penal, apesar de fazer depender o desencadeamento da RPPC deste sujeito, faz, simultaneamente, com que as consequências que resultam desta responsabilidade lhe sejam alheias a nível pessoal (salvo o disposto no art. 11.º, n.º 9 CP).

Percebe-se, portanto, que existe uma flagrante violação do princípio basilar da intransmissibilidade da responsabilidade penal, e, bem assim, uma subversão e erosão do instituto da pena. Para que a pena seja uma consequência jurídica legítima, deve recair sobre o sujeito que desencadeia a responsabilidade penal. Para que as finalidades que lhe são apontadas, e que a legitimam, sejam satisfeitas, não pode existir uma quebra material

entre o plano da imputação e o plano de aplicação da pena. O Código Penal português, ao atribuir a responsabilidade da pessoa singular em posição à pessoa coletiva, faz com que este último sujeito arque com uma pena que não lhe pertence, pena que, por isso, se encontra despida das finalidades que a legitimam. A punição da pessoa coletiva afigura-se ilegítima porque, por um lado, é um fenómeno jurídico que lhe é materialmente estranho, existindo exclusivamente devido à atribuição legal operada pelo art. 11.º, n.º 2 CP, e porque, por outro lado, a pessoa singular que desponta a dita responsabilidade não arca com as consequências.

Reiteramos, aqui, que cremos que a opção do legislador português foi impulsionada pela frustração experienciada aquando das sucessivas falhas do mecanismo tradicional de imputação de responsabilidade individual no contexto coletivo. É relativamente paradoxal, no entanto, a consagração de um modelo que depende da identificação da pessoa singular e que, após esta identificação, atribui a sua responsabilidade à pessoa coletiva. Na nossa opinião, seria mais coerente aperfeiçoar o mecanismo já existente de responsabilidade penal individual e punir, verdadeiramente, a pessoa em posição de liderança por factos ilícitos típicos culposos que pratique (o que, segundo o legislador, seria abstratamente possível, tanto que até faz depender a RPPC da identificação deste sujeito).

O modelo vertido no art. 11.º, n.º 2 CP é incongruente, porque incongruente com a consequência jurídica que origina. A RPPC, enquanto verdadeira responsabilidade da pessoa coletiva, só pode ser defendida quando existe uma lesão de um bem jurídico-penal mas só quando a referida lesão não seja o resultado de uma ação ilícita típica culposa humana, quando não seja reconduzível a uma pessoa singular física. Isto é, será uma responsabilidade defensável nos casos em que, apesar da atuação do *ius puniendi* estadual ser necessária, a dita atuação não pode, nem deve, recair sobre uma pessoa singular, porque a sua atuação não é culposa, nem ilícita, nem típica. Referimo-nos às situações ocorridas num contexto coletivo, onde, pela conjunção de várias ações lícitas, se produz um resultado danoso de bens jurídico penais. Por força da necessidade de proteção destes bens, a pessoa coletiva deverá ser punida a título autónomo e independente das pessoas singulares que a constituem e que, conjuntamente, contribuíram para a produção de um resultado lesivo de bens jurídico-penais, porque foi esta que, aglomerando estas pessoas num determinado contexto, permitiu que as suas ações, em conjunto, desembocassem num

crime. Fora destas situações, cremos que a atuação do *ius puniendi* sobre a pessoa coletiva se revela excessiva e desnecessária.

Nas situações referidas no parágrafo anterior, a finalidade da sanção penal aplicada à pessoa coletiva deve ser a prevenção especial. Deve pretender-se a sua reorganização e estruturação, de modo a impedir que diferentes ações, em conjunto, lesem novamente bens jurídico-penais. Se necessário e adequado deverá recorrer-se, até, às propostas oferecidas pelo “modelo estrutural” da pena, intervindo o Estado, de forma direta, na organização da pessoa coletiva acusada. Como objetivo maior, a RPPC deve ser um meio de, pela via repressiva, incentivar a autorregulação do ente. Deixamos em aberto, no entanto, o problema de saber se será a pena, enquanto sanção penal que pressupõe a existência de culpa, a sanção penal adequada para as pessoas coletivas ou se, pelo contrário, estes sujeitos deveriam ser tutelados por medidas de segurança, adequadas às suas características e necessidades, e com base na perigosidade que resulta do desenvolvimento de determinada atividade em contexto coletivo.

O legislador, contudo, como estudámos, optou pelo instituto da pena. O nosso estudo limitou-se à análise das penas principais previstas para a pessoa coletiva (art. 90.º - A, n.º 1 CP), e permitiu-nos chegar à conclusão de que existe alguma coerência na incongruência material refletida pelo legislador português no que toca à RPPC.

Quanto à pena de multa (art. 90.º -B, CP), verificámos, em primeiro lugar, que o número de dias de multa da pessoa coletiva são determinados de acordo com os critérios gerais do art. 71.º, n.º 1 CP (a culpa e as exigências de prevenção), que, como realçámos, são critérios ligados à pessoa singular, e, em segundo lugar, que o art. 11.º, n.º 9 do CP, admite a responsabilidade subsidiária da pessoa em posição de liderança pela multa em que incorreu a pessoa coletiva. Após uma análise do preceito, concluímos que este número consagra uma regra de transmissão de responsabilidade penal e que esta regra, contrária ao disposto no art. 30.º, n.º 3 CRP, permite que, mediante certas condições, a pena, alegadamente determinada tendo em vista a pessoa coletiva, recaia sobre pessoa singular. Esta solução, embora flagrantemente inconstitucional, permite ao legislador alcançar a responsabilidade pretendida desde o primeiro momento, - a responsabilidade da pessoa singular em posição de liderança, que praticou, verdadeiramente, certo facto - escudando-se em ideias de pura garantia e de pura eficácia, ambas avessas à racionalidade que deve arvorar a justiça penal.

Embora de modo diverso, também a pena de dissolução (art. 90.º - F CP) se centra na pessoa singular em posição de liderança. Paradoxalmente, a pessoa coletiva é punida porque foi criada com o propósito de delinquir por certa(s) pessoa(s) singular(es), ou porque está a ser utilizada para esse efeito por quem nela ocupe posição de liderança. Ora, aqui, a personalidade jurídica e os direitos da pessoa coletiva são totalmente desconsiderados, interessando, apenas, que esta, porque concebida como instrumento para prática de crimes, seja retirada das mãos de determinadas pessoas físicas.

Não existe qualquer preocupação com as exigências preventivas do sujeito punido, sendo a única preocupação ínsita no preceito é que, no futuro, as pessoas singulares que criaram ou que utilizam a pessoa coletiva para efeitos criminosos, não cometam, através dela, mais crimes. Esta “pena” encontra-se mais próxima de uma medida de segurança do que uma pena propriamente dita. Funda-se, acima de tudo, na ideia de perigosidade da pessoa singular, à qual deve ser retirado o meio de que se serve para violar bens jurídico-penais. Pretende-se prevenir a reincidência, pela via negativa, das referidas pessoas singulares, embora, quanto a nós, seja de duvidar que esta “pena” alcance a referida finalidade.

Perante as situações previstas no art. 90.º -F, CP, se o legislador verdadeiramente pretendesse a prevenção especial da pessoa coletiva – isto é, a sua reorganização e reestruturação –, não ditaria uma pena que significa o seu fim. Pelo contrário, lançaria mão de uma medida que permitisse alcançar tal desiderato, como, por ex., a renovação dos quadros dirigentes. No entanto, como vimos, esta solução seria sempre incongruente perante o modelo plasmado no art. 11.º, n.º 2 CP.

Parece-nos que a pena da pessoa coletiva, no ordenamento jurídico-penal português, é ilegítima, porque, e em suma, é uma pena que não lhe pertence. Este problema poderá ser contornado mediante o repensar do modelo vertido no art. 11.º, n.º 2 CP, que deve permitir estimular a autorregulação da pessoa coletiva, e incentivar a sua reorganização e reestruturação, de modo a que estes sujeitos pautem a sua atuação coletiva de acordo com o Direito. Isto, claro, admitindo que a via penal se apresenta como a melhor e única opção de controlo da atuação das entidades coletivas.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- Aires de Sousa, Susana. «Algumas considerações sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial». *Revista Systemas* 2, n. 1 (2010).
- Almeida Ruivo, Marcelo. «O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotómica das finalidades». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 22, n. 2 (2012).
- Antunes, Maria João. «A Constituição e os princípios penais». Em *Conferência Trilateral Itália/Espanha/Portugal*. Tribunal Constitucional, 2011.
- . «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal». *Revista Lusíada. Direito*, n. 1 e 2 (2003).
- . *Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra Editora, 2013.
- . «Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional». *Revista Julgar*, n. 21 (2013).
- . «Privatização das Investigações e Compliance Criminal». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 28, n. 1 (2018).
- . «Responsabilidade criminal das pessoas colectivas e entidades equiparadas - alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro». *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 8 (2006/2007).
- Bacigalupo, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Aranzadi, 2011.
- Bacigalupo, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch, 1998.
- Bajo Fernández, Miguel. «¿Debe responder penalmente la personas jurídica? Una reconsideración sobre la tercera vía». Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. II*. Coimbra Editora, 2009.
- Baucells Lladós, Joan. «Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de

2010. Un análisis crítico». *Estudios Penales y Criminológicos* XXXIII (2013).
- Beck, Ulrich. «De la sociedad industrial a la sociedad de riesgo: cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica». *Revista de Occidente*, n. 150 (1993).
- Beleza dos Santos, José. *Lições de Direito Criminal (coligidas por Hernâni Marques)*. Coimbra Editora, 1939.
- Brandão, Nuno. «Compliance e responsabilidade penal da pessoa coletiva». Em *II Curso de Especialização em Compliance e Direito Penal*, Instituto de Direito Penal e Económico. Coimbra, 2016.
- . *Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão À Convergência Material*. Coimbra: Coimbra Editora, 2016.
- . «O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal». *Revista do CEJ*, n. 8 (2008).
- Brandão, Nuno, e Solange Jesus. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El caso portugués». *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 28 (2014).
- Brito e Sousa, José. «Os fins das penas no Código Penal». Em *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Colóquio Internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin*. Universidade Lusíada, 2002.
- Capelo de Sousa, Rabindranath. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra Editora, 2003.
- Castro e Sousa, João. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e dos chamado «direito de mera ordenação social»*. Coimbra Editora, 1985.
- Coelho Magalhães, Tiago. «Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em direito penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 25 (2015).
- . «Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e o Ente Colectivo em Direito Penal».

- Universidade de Coimbra, 2016.
- Coffee, John C. «Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions». *American Criminal Law Review* 17 (1980).
- . «“No Soul to Damn, No Body To Kick”: An Unscandalized Inquiry Into the Problem of Corporate Punishment». Em *Corporate and white collar crime: an anthology*, editado por Leonard Orland. Anderson Publishing, 1995.
- Conceição Ferreira da Cunha, Maria da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Universidade Católica, 1995.
- Correia, Eduardo. «A Evolução Histórica das Penas». *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 53 (1977).
- . *Direito Criminal. Volume I*. Coimbra Editora, 1971.
- Cortes Rosa, Manuel. «Natureza jurídica das penas fiscais». Em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol II*. Coimbra Editora, 2006.
- Crespo Simões de Carvalho, António. «A responsabilidade penal das pessoas coletivas». Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1934.
- Cruz Santos, Cláudia. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra Editora, 2014.
- Cugat Mauri, Miriam. «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance». *Estudios Penales y Criminológicos XXXV* (2015).
- Dan-Cohen, Meir. «Sanctioning Corporations». *Journal of Law and Policy* 19, n. 1 (2010).
- Dannecker, Gerhard. «Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Revista Penal*, n. 7 (2001).
- Deckert, Katrin. «Corporate Criminal Liability in France». Em *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, editado por Mark Pieth e Radha Ivory.

Springer, 2011.

Echarri Casi, Firmín Javier. *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*. Thomson, 2003.

Faria Costa, José de. «A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)». Em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol I*. Coimbra Editora, 1998.

———. *Direito Penal Económico*. Quarteto, 2003.

———. «Um olhar doloroso sobre o Direito Penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal)». Em *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra Editora, 2005.

———. «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena». Em *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra Editora, 2005.

Faria Costa, José de, e Manuel da Costa Andrade. «Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico». Em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol I*. Coimbra Editora, 1998.

Feijoo Sánchez, Bernardo. «Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas». *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27 (1999).

———. «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena». *InDret - Revista para el análisis del derecho* 1, janeiro (2007).

———. *La pena como institución jurídica: Retribución y prevención general*. Editorial B de F, 2014.

Fernandes Godinho, Inês. *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito*

- penal económico*. Coimbra Editora, 2007.
- Ferreira da Cunha, Paulo. «Das penas e dos seus fins. Recordando narrativas fundadoras em direito penal». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 21, n. 1 (2011).
- Figueiredo Dias, Jorge de. «Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico». Em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol I*. Coimbra Editora, 1998.
- . *Direito Penal. Parte Geral*. 2.^a Edição. Coimbra Editora, 2012.
- . *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*. Coimbra Editora, 1993.
- . *Liberdade. Culpa. Direito Penal*. 3.^a Ed. Coimbra Editora, 1995.
- . «O Código Penal Português de 1982 e a sua Reforma». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993).
- . «O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 22, n. 3 (2012).
- . «O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”». Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra Editora, 2001.
- . «Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito penal português do Futuro». *Revista da Ordem dos Advogados* 43, janeiro/abril (1983).
- . «Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português». Em *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol I*. Coimbra Editora, 1998.
- . «Sobre o estado atual da doutrina do crime». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2 (1992).
- Figueiredo Dias, Jorge de, e Pedro Caeiro. «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 ao terrorismo». *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 135 (2005).
- Fisse, Brent. «Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions». *Southern California Law Review* 56 (1983).
- Fisse, Brent, e John Braithwaite. *Corporations, Crime and Accountability*. Cambridge University Press, 1993.
- Frisch, Wolfgang. «Responsabilidad penal de la persona jurídica e imputación». *Cuadernos de política criminal* 121, n. I. Época II (2017).
- Gándara Vallejo, Beatriz de la. «El sujeto del derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatória de las personas jurídicas: derecho vigente y consideraciones de lege ferenda». Em *Curso de Derecho Penal Económico*, editado por Enrique Bacigalupo. Marcial Pons, 1998.
- Godinho Vaz Patto, Pedro Maria. «Reflexões sobre os fins da pena numa perspectiva cristã». *Direito e Justiça* XII, n. 2 (1998).
- . «Reflexões sobre os fins das penas». Em *Psicologia e Justiça*, editado por António Castro Fonseca. Almedina, 2008.
- Goena Vives, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Marcial Pons, 2017.
- Gomes Canotilho, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a Edição. Almedina, 2003.
- Gomes Canotilho, J.J., e Vital Moreira. *Constituição da República Anotada. Volume I*. Coimbra Editora, 2007.
- Gómes Tomillo, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2.^a Ed. Aranzadi, 2015.
- Gómez-Jara Díez, Carlos. «¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel». *Política criminal* 5,

- n. 10 (2010).
- . «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial». Em *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, editado por Carlos Gómez-Jara Díez. Aranzadi, 2006.
- . «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas». Em *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, editado por Miguel Bajo Fernández, Bernardo Feijoo Sánchez, e Carlos Gómez-Jara Díez. Civitas, 2012.
- . «La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los compliance programs y la colaboración con la administración de justicia». Editado por José María Lidón. *Cuadernos Penales. El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, n. 6 (2008).
- . *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons, 2005.
- . *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Editorial universitaria Ramón Areces, 2006.
- . «O conceito construtivista da culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e resposta às críticas formuladas». *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 100 (2013).
- Gracia Martín, Luis. «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 5, n. 18 (2016).
- . *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*. Tirant Lo Blanch, 2016.
- . *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant Lo Blanch, 2006.

- Gutiérrez Muñoz, Clara. «El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material». Universitat Autònoma de Barcelona, 2016.
- H. Bucy, Pamela. «Corporate Criminal Liability: When Does It Make Sense?» *American Criminal Law Review* 46, n. 1437 (2009).
- Hasnas, John. «The centenary of mistake: one hundred years of corporate criminal liability». *American Criminal Law Review* 46 (2009).
- Hassemer, W. *Fundamentos del Derecho Penal*. Bosch, 1984.
- Hassemer, Winfried. «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos». Em *Pena y Estado*. Editorial Jurídica Conosur, 1995.
- Heine, Günter. «La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales», 1996.
- . «Sanctions in the field of corporate criminal liability». Em *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities. International Colloquium*, editado por Albin Eser, Günter Heine, e Barbara Huber. Max Planck Institute, 1999.
- Henning, Peter J. «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation». *American Criminal Law Review* 46 (2009).
- . «Should the Perception of Corporate Punishment Matter?» *Journal of Law & Policy* 19, n. 1 (2010).
- Jakobs, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, 1995.
- Kant, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Gallimard, 1986.
- Klaus, Rogall. «Country report: Germany». Em *European Developments in Corporate Criminal Liability*, editado por James Gobert e Ana-Maria Pascal. Routledge, 2011.
- Kuhlen, Lothar. «Compliance y derecho penal en Alemania». Em *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014.

- Liszt, Franz Von. *La idea de fin en el derecho penal*. Editorial Edeval, 1994.
- Lourenço Martins, A. *Medida da Pena - Finalidades e Escolha. Abordagem Crítica de Doutrina e de Jurisprudência*. Coimbra Editora, 2011.
- Marques da Silva, Germano. *Direito Penal Português. A Teoria das Penas e Medidas de Segurança*. 2.^a Ed. Editorial Verbo, 2008.
- . *Direito Penal Português. Introdução e Teoria da Lei Penal*. Verbo, 2010.
- . «Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro». *Revista do CEJ*, n. 8 (2008).
- . *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*. Verbo, 2009.
- Martínes Puertas, Leandro, e Purificación Pujol Capilla. *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*. Aranzadi, 2015.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 5.^a Ed. Tirant Lo Blanch, 2016.
- Matthias, Jahn, e Dominik Brodowski. «Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen ultima Ratio-Prinzips». *Juristenzeitung* 71, n. 20 (2016).
- Mercado Pacheco, Pedro. *El análisis económico del Derecho. Un intento de reconstrucción teórica*. Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- Miguez Garcia, M., e J. M. Castela Rio. *Código Penal. Parte geral e especial*. Almedina, 2014.
- Mir Puig, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Iustel, 2011.
- . *Derecho Penal. Parte General*. 10.^a Ed. Editorial Reppertor, 2016.
- . *Funcion de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho*. 2.^a Ed. Bosch, 1982.

- . «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 39, n. 1 (1986).
- . «Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad». Em *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Edisofer, 2014.
- . «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 1, n. 6 (2004).
- Miranda, Jorge, e Rui Medeiros. *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2.^a Ed.* Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.
- Miranda Rodrigues, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa da liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra Editora, 2014.
- . «Direito penal económico - fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa». *Revista do Ministério Público* 38, n. 151, (2017).
- . «O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 12, n. 2 (2002).
- . «Sistema punitivo português - Principais alterações no Código Penal revisto». *Revista Sub Judice* Jan/Jun, n. 11 (1996).
- Mongillo, Vincenzo. «The Nature of Corporate Liability for Criminal Offences: Theoretical Models and EU Member State Laws». Em *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in the European Union*, editado por Antonio Fiorella, Vol. II. Jovene Editore, 2012.
- Mota Pinto, Carlos. *Teoria Geral do Direito Civil. 4.^a Edição*. Coimbra Editora, 2005.
- Nieto Martín, Adán. «Autorregulación, compliance y justicia restaurativa». Em *Autorregulación y Sanciones*. Lex Nova, 2008.
- . «Introducción». Em *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Tirant Lo Blanch, 2013.

- . *Justicia Restaurativa y sanciones para un Derecho penal Internacional del Medio Ambiente*, 2015.
- . *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Iustel, 2008.
- . *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant Lo Blanch, 2015.
- . «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa». *Política Criminal* nº 5 (2008).
- O. W. Mueller, Gerhard. «Mens Rea and The Corporation. A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability». *University of Pittsburgh Law Review*, n. 19 (1957).
- Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo. «El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal: es posible la disuasión?» Em *Crisis Financiera y Derecho Penal Económico*. Editorial B de F, 2014.
- . «Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica Societas Delinquere Potest)». Em *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, editado por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel, e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Marcial Pons, 2013.
- P. Nanda, Ved. «Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?» Em *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, editado por Mark Pieth e Radha Ivory. Springer, 2011.
- Palma, Maria Fernanda. «As alterações reformadoras da parte geral do CP na revisão de 1995: Desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva». Em *Casos e Materiais de Direito Penal*, 3.^a Ed. Almedina, 2009.
- . *Direito Penal. Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Princípio da legalidade: interpretação da lei penal e aplicação da lei penal no tempo*. AAFDL Editora, 2016.
- Pinto de Albuquerque, Paulo. «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou

- equiparadas». *Revista da Ordem dos Advogados* II, setembro (2006).
- . *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.^a Ed. Universidade Católica, 2015.
- Poelmanns, Maiténa. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso francés». *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, n. 28 (2014).
- Quintela de Brito, Teresa. «Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica». Em *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2018.
- . «Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual». Em *Direito penal económico e financeiro: conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*, editado por Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, e Paulo de Sousa Mendes. Coimbra Editora, 2012.
- . «Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos». Em *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, editado por Maria Fernanda Palma. Almedina, 2014.
- . «Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Algumas Questões em Torno da Interpretação do art. 11.º do Código Penal». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 20, n. 1 (2010).
- Reis Bravo, Jorge dos. «Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (Elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos)». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 13 (2003).
- . *Direito Penal de Entes Colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*. Coimbra Editora, 2009.
- Robles Planas, Ricardo. «Crimes de pessoas colectivas?: a propósito da lei austríaca sobre a responsabilidade dos agrupamentos pela prática de crimes». *Revista Lusíada. Direito*, n. 2/5 (2007).
- Rodrigues Cunha Gomes, Álvaro da. «As consequências jurídicas do crime nos delitos

- antieconómicos». *Direito e Justiça* XIII, n. II (1999).
- Rodríguez Estévez, Juan María. *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*. Editorial B de F, 2015.
- Roxin, Claus. «Acerca da Problemática do Direito Penal da Culpa». *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 59, n. 1 (1983).
- . «Culpa e responsabilidade». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 1 (1991).
- . *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Reus, 1981.
- . *Derecho penal: parte general. Tomo I*. Thomson, 2007.
- . *Problemas fundamentais de direito penal*. 3.^a Ed. Vega, 1998.
- Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Hammurabi, 2002.
- S. Laufer, William, e Alan Strudler. «Intencionalidad corporativa, retribución y variantes de la responsabilidad vicaria». Em *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, editado por Carlos Gómez-Jara Díez. Aranzadi, 2006.
- Sá Pereira, Victor de, e Alexandre Lafayette. *Código Penal. Anotado e comentado*. 2.^a Ed. Quid Juris, 2014.
- Sanguiné, Odone. «Função simbólica da pena». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 5, n. 1 (1995).
- Schlegel, Kip. *Just Deserts for Corporate Criminals*. Northeastern University Press, 1990.
- Schünemann, Bernd. «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva». Em *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, editado por Jesús-María Silva Sánchez. Bosch, 1997.
- Seixas Meireles, Mário. «A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007 de 4 de Setembro: algumas notas». *Revista Julgar*, n. 5 (2008).

- . *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- . «Sanções das (e para as) pessoas colectivas». *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 10 (2000).
- Seminara, Sergio. «Compliance y derecho Penal: la experiencia italiana». Em *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Edisofer, 2014.
- Serra, Teresa. «Actuação em nome de outrem no âmbito empresarial, em especial no exercício de funções parciais». Em *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Editora, 2003.
- . «Establishing a Basis for Criminal Responsibility of Collective Entities». Em *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities. International Colloquium*, editado por Albin Eser, Günter Heine, e Barbara Huber. Max Planck Institute, 1999.
- Serra, Teresa, e Pedro Fernández Sánchez. «A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas - da inconstitucionalidade dos n.º 2 e 3 do Artigo 11.º do Código Penal». Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Vol. IV*. Coimbra Editora, 2010.
- Silva Dias, Augusto. «O Direito Penal como Instrumento de Superação da Crise Económico-Financeira: Estado da Discussão e Novas Perspectivas». *Anatomia do Crime*, n. 0 (2014).
- Silva Fernandes, Paulo. *Globalização, «Sociedade de Risco» e o Futuro do Direito Penal. Panorâmica de Alguns Problemas Comuns*. Almedina, 2001.
- Silva Sánchez, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. J. M. Bosch Editor, 1992.
- . «Eficiencia y Derecho Penal». *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1, n. 49 (1996).

- . *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.^a Ed. Civitas, 2001.
- . «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho español». Em *Criminalidad de empresa y Compliance*. Atelier, 2013.
- . «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 Código Penal». Em *Derecho Penal Económico. Manuales de formación continuada 14*. Consejo General del Poder Judicial, 2002.
- Sopas de Melo Bandeira, Gonçalo. «Responsabilidade» Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos. *À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Cívicas sob a Forma Comercial*. Coimbra Editora, 2004.
- Sousa e Brito, José. «Medida da Pena no novo Código Penal». *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia III* (1984).
- Sousa Mendes, Paulo de. «A Responsabilidade de Pessoas Colectivas no âmbito da Criminalidade Informática em Portugal». *Jornadas de Responsabilidade Civil y Penal de los Prestadores de Servicios de Internet*. Universidade Oberta de Catalunya.
- Taipa de Carvalho, Américo. *Direito Penal. Parte Geral*. 2.^a Edição. Coimbra Editora, 2014.
- . «Prevenção, culpa e pena. Uma concepção preventivo-ética do direito penal». Em *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Editora, 2003.
- Tiedemann, Klaus. «Corporate Criminal Liability as a Third Track». Em *Regulating Corporate Criminal Liability*, editado por Dominik Brodowski, Manuel Espinoza Monteros de la Parra, Klaus Tiedemann, e Joachim Vogel. Springer, 2014.
- . «La criminalidad económica como objeto de investigación». *Cuadernos de política criminal*, n. 19 (1983).
- . *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*. PPU,

1993.

———. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas en Derecho Comparado». *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 3, n. 11 (1995).

Tomé de Carvalho, José. «Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas». *Revista do Ministério Público* 30, n. 118 (2009).

Torrão, Fernando. «O paradigma liberal na era do (pós-moderno) “direito penal do risco”. Societas delinquere potest?» Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

———. *Societas Delinquere Potest? Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos «Crimes de Empresa»*. Almedina, 2010.

Vincente Martínez, Rosario de. «Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica». Em *Estudios de Criminología II*. Universidad de Castilla - La Mancha, 1999.

Wells, Celia. *Corporations and Criminal Responsibility*. 2.^a Ed. Oxford University Press, 2001.

Wray, Christopher A. «Corporate Probation under the New Organizational Sentencing Guidelines». *The Yale Law Journal* 101 (1992).

Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para um modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3.^a Ed. Editorial Arandazi, 2003.

———. «La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, un Punto y Seguido», sem data.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Constitucional

(Disponíveis em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>)

Ac. n.º 426/91, Proc. n.º 183/90
Ac. n.º 214/95, Proc. n.º 34/94
Ac. n.º 212/95, Proc. n.º 490/92
Ac. n.º 213/95, Proc. n.º 479/93
Ac. n.º 9/99, Proc. n.º 644/92
Ac. n.º 337/2003, Proc. n.º 727/02
Ac. n.º 395/2003, Proc. n.º 134/03
Ac. n.º 129/2009, Proc. n.º 649/08
Ac. n.º 234/2009, Proc. n.º 36/09
Ac. n.º 150/2009, Proc. n.º 878/08
Ac. n.º 437/2011, Proc. n.º 206/10
Ac. n.º 561/2011, Proc. n.º 506/09
Ac. n.º 149/2012, Proc. n.º 15/CPP
Ac. n.º 249/2012, Proc. n.º 789/11
Ac. n.º 297/2013, Proc. n.º 495/2011
Ac. n.º 354/2013, Proc. n.º 929/2012
Ac. n.º 171/2014, Proc. n.º 1125/13
Ac. n.º 180/2014, Proc. n.º 240/2013
Ac. n.º 691/2016, Proc. n.º 40/15
Ac. n.º 44/2018, Proc. n.º 1076/15

Supremo Tribunal de Justiça

(disponíveis em <<http://www.dgsi.pt>>)

Ac. de 17/07/2010, Proc. 408/08

Ac. de 26/01/2011, Proc. 357/03.1GBMCN.P1.S1

Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 11/2014, de 28/05/2014, Proc. n.º 331/04.0TAFIG-B.C1-A.S1

Tribunal da Relação de Guimarães

(disponível em <<http://www.dgsi.pt>>)

Ac. de 09/10/2017, Proc. 23/14.2GCVPA.G1

Tribunal da Relação de Lisboa

(disponível em <<http://www.dgsi.pt>>)

Ac. de 28/09/2010, Proc. 24/09.2P5LSB-A.L1-5

***House of Lords* inglesa**

(disponível em <<http://www.bailii.org>>)

Tesco Supermarkets Ltd v. Nattrass (1971), UKHL 1 (31 de março de 1971)

***Supreme Court* norte-americano**

(disponíveis em <<http://www.supreme.justia.com>>)

Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Company, 118 U.S. 394 (1886)

New York Central & Hudson River Railroad Company v. United States, 212 U.S. 481, 493 (1909)

Arthur Andersen LLP v. United States, 544 U.S. 696 (2005)

***Tribunal Supremo* espanhol**

(disponíveis em <<http://www.poderjudicial.es>>)

TS (*Sala de lo Penal*) 221/2016, de 16 de março

TS (*Sala de lo Penal*) 154/2016, de 29 de fevereiro

[página propositadamente deixada em branco]