

A PESSOA COLECTIVA COMO SUJEITO PROCESSUAL

Sumário

1. Razão de ordem.
2. A qualidade de sujeito processual (representação da pessoa colectiva; estatuto processual e direito de defesa; relações entre o ente colectivo e o seu representante no âmbito do processo).
3. Actos e institutos com relevância processual (detenção; interrogatório; comunicação dos actos; mecanismos processuais; pluralidade no procedimento).
4. Especificidades da prova da responsabilidade penal da pessoa colectiva; as fontes e os meios de prova.
5. Medidas de coacção e de garantia patrimonial.
6. Mutações da pessoa colectiva e responsabilidade penal de (qual) sujeito processual (constituição; modificações; extinção)

1. RAZÃO DE ORDEM

A responsabilidade dos entes colectivos – “pessoas colectivas e entidades equiparadas” – não é uma novidade absoluta no direito sancionatório português: o Direito de Mera Ordenação Social é já um vasto campo de aplicação do instituto e a punibilidade dos entes colectivos já se encontra prevista em diversos segmentos do Direito Penal Secundário (v.g. sobre infracções tributárias; crimes contra a economia e saúde pública; criminalidade informática).

Todavia, a reflexão sobre a problemática da responsabilidade da pessoa colectiva, em matéria processual, contrariamente a um recente incremento de textos atinentes à dogmática penal substantiva, não tem conhecido muitas manifestações.

A questão reside na necessidade de aplicação de princípios, categorias, institutos e mecanismos processuais do modelo vigente – gizado para o sujeito processual singular (pessoa física) – aos entes colectivos, a fim de se poder apurar e efectivar a responsabilidade penal destes, acabada de consagrar no âmbito do Código Penal.

Esta consagração por parte do legislador, com expressiva amplitude e logo em sede do Direito Penal de justiça, representa, simbólica e efectivamente, a adopção de um *novo paradigma* em matéria de responsabilidade penal.

Ora, constituindo a ordem penal, substantiva e adjectiva, um todo funcional, era legítimo esperar que, na revisão do Código de Processo Penal (que entrou em vigor em 15/09/2007), o legislador introduzisse novas soluções¹ ou adaptações específicas de outras já existentes que se ajustassem à especial natureza da pessoa colectiva em matéria de realização de actos processuais, de prova, de medidas de coacção, de execução das penas, etc.. Sem esse ajustamento legal, pode vir a revelar-se

¹ As palavras de G. Jakobs sobre a necessidade de uma “rigorosa renormatização das categorias penais” tem, neste sede, inteiro cabimento.

comprometida a exequibilidade judiciária do instituto, não obstante o expectável esforço de adaptação do regime jus-processual “individual” por parte das instâncias de justiça.

A discussão transcende, naturalmente, o aspecto estrito do CPP. Podemos questionarmo-nos que caminhos desbravou a jurisprudência que se deparou com problemas de aplicação, no âmbito do Direito Penal Secundário, designadamente como operou a demonstração do dolo ou da negligência e como os articulou na base fáctica. Por outro lado, indaga-se que trilhos foram traçados pela reflexão doutrinária, já que se reclama uma dogmática paralela para o assunto em apreço, seja uma dogmática paralela “analógica” – porventura, a única via disponível, neste momento, dada a ausência de regulamentação adjectiva específica, mesmo em diplomas avulsos sectoriais que consagram a responsabilidade penal da pessoa colectiva – ou, então, uma dogmática paralela “alternativa”, solução esta que mais facilmente se compaginaria com uma lei quadro sobre a matéria e, decerto, com o ideário da “sociedade de risco” e do “Direito do risco”.

Em qualquer caso, a pessoa colectiva surge, no contexto da globalização² (do mercado, das marcas, das empresas, dos capitais, da criminalidade), como uma *estrutura de poder*: que induz a prática de infracções em seu benefício ou facilita o aproveitamento do seu poderio na realização de escopos criminosos particulares; que detém uma enorme capacidade lesiva de bens jurídicos; que actua de forma invisível ou opaca (também face à investigação criminal); e que dispõe de uma grande “capacidade de acção” processual. Bem se pode dizer, com Celia Wells, que as entidades colectivas e os indivíduos “têm um encontro diferente com a Lei”³.

Naturalmente, no estado civilizacional da moderna “sociedade do risco” e perante os contornos organizacionais e de poder que a actual criminalidade reveste, a via da responsabilização penal da pessoa colectiva instituiu-se em razão de política criminal⁴.

Na verdade, no plano jus-penal, não se alcança uma eficácia equivalente pela via do alargamento da punibilidade da *actuação em nome de outrem* (art. 12º do CP), atenta a dificuldade de identificar, causalmente, a pessoa singular que agiu de forma penalmente relevante, além de essa responsabilização ser apenas parte do problema, a da responsabilidade individual e não a responsabilidade colectiva.

Por outro lado, a “criminalidade de empresa” não encontra eco adequado nos quadros dogmáticos clássicos, por exemplo, da *comparticipação criminosa*⁵, já que a imputação jurídica a operar a este nível debate-se com a cisão entre “responsabilidade” e “acção” – que ocorre no seio da empresa –, sendo certo que quem age não detém, por regra, a responsabilidade da empresa.

² - Cfr. sobre uma caracterização da Globalização e tentativas de respostas do Direito Penal, Anabela Miranda Rodrigues, “Globalização, Democracia e Crime” in *II Congresso de Processo Penal*, Almedina, 2006, ps. 17 e ss.; ou ainda cfr. J.M. Silva Sánchez, in *La Expansión del Derecho Penal (Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales)*, Civitas, 2ª ed., 2001, p. 90, 99, 103 e ss.

³ - Celia Wells, *Corporations and Criminal Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

⁴ - Como vem defendendo, desde há vários anos, Klaus Tiedemann, “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas e Empresas en Derecho Comparado” in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 3, nº 11, Julho-Setembro, Editª Rev.ª dos Tribunais, Lda, 1995.

⁵ - Cfr. Anabela Miranda Rodrigues, a propósito do art. 279º (crime de poluição) do CP in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Edtª, 1999, 9. 957 e ss.

A verdade é que a propósito de pessoa colectiva estamos, hoje, no plano substantivo, perante um verdadeiro “*centro de imputação*” de ilícitos penais e, no plano processual, perante um “*personagem*” de muitos actores.

E porque a pessoa colectiva constitui um estereotipo de agente peculiar, que se mostra socialmente integrado e que, conseqüentemente, dispensa quaisquer programas de “ressocialização”, a resposta do Estado, detentor do *ius puniendi*, deverá ser obviamente diferente do paradigma tradicional centrado na pessoa singular.

Perante os desafios da criminalidade actual, tem-se aludido, em vários quadrantes da doutrina, a uma perspectiva analítica que pretende descortinar no Direito Penal três velocidades⁶.

A primeira velocidade, identificada com o *Direito Penal “da prisão”*, no âmbito do qual se mantém, rigorosamente, os princípios político-criminais clássicos e a máxima expressão possível de direitos fundamentais e garantias processuais dos cidadãos imputados ou perseguidos.

A segunda, do *Direito das “penas pecuniárias e restrições de direitos”*, no seu seio da qual se vem admitindo a “flexibilização” de princípios e garantias, de forma proporcionada e como contrapolo à menor severidade da sanção⁷; sobretudo, em legislação penal extravagante e, em particular, no Direito Penal Económico.

Finalmente, algumas tendências a que se poderia chamar de terceira velocidade, essencialmente, conotadas com o *Direito Penal “do inimigo”*⁸ e que conduzem a uma admissão de ingredientes das duas velocidades anteriores já que, mesmo para os crimes graves (do Direito Penal da prisão), se questiona se não é possível flexibilizar princípios e institutos e relativizar garantias, em razão de o sistema penal ter de reagir de forma mais “musculada” (dentro do quadro de protecção de bens jurídicos e de reafirmação de validade da norma e confiança no sistema) perante o indivíduo (“inimigo”) que – pelo seu comportamento, ocupação profissional, ligação a uma organização – abandonou o Direito de forma presumivelmente duradoura e não incidental.

Ora, precisamente, a responsabilização das pessoas colectivas partilha da caracterização associada à terceira velocidade e não apenas à segunda, quer no plano dos ilícitos e seu afastamento do direito (quando a pessoa colectiva se configura como associação criminosa para a prática de certos crimes graves v.g. tráfico, lenocínio, etc. e a sua inimizade duradoura com o Direito, sendo, às vezes, constituída só para praticar aqueles crimes) – logo, “inimigo” – quer no plano da menor severidade das penas aplicáveis⁹.

De resto, no nosso sistema jurídico-penal extravagante, encontram-se algumas soluções com ingredientes que se assemelham às características do Direito Penal de terceira velocidade como, por exemplo, a admissibilidade de agentes infiltrados / encobertos ou certos aspectos da Lei 5/2002 sobre criminalidade organizada

⁶ - Sobre o assunto, cfr. J.M. Silva Sánchez, in *La Expansión del Derecho Penal (Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales)*, Civitas, 2ª ed., 2001, p. 159 e ss.

⁷ - Como exemplos dessa “flexibilização, poderia aludir-se a situações de inversão de ónus de prova (sempre difícil de conceber em sede penal) ou de excepções ao privilégio da não auto-incriminação.

⁸ - Vai sendo vasta a literatura sobre o tema do Direito penal do inimigo Cfr. por exemplo, Eugénio Raul Zaffaroni, *El inimigo en el Derecho Penal*, Dykinson, 2007.

⁹ - Apesar de existir a pena de dissolução, mas que, por razões de inconstitucionalidade ou por razões de inviabilidade da respectiva execução ou por no momento da condenação já se revelar inútil decretá-la, torna impraticável a utilização desta pena.

e económico-financeira (terrorismo, organizações terroristas, corrupção, branqueamento, associação criminosa, contrabando, lenocínio, etc.) v.g. no modo de facilitar o acesso a informação bancária e fiscal (não possibilidade de recusa em a prestar; prazos curtos; controlo de contas, etc) e, em particular, o regime da “perda de bens” (associado a uma inversão de “ónus da prova”, atento âmbito temporal e a natureza da actividade criminosa em causa).

A propósito do âmbito da responsabilização penal das pessoas colectivas que o art. 11º veio consagrar, poderíamos questionar-nos, desde logo, sobre a necessidade de identificação de um catálogo de crimes, em vez da sua aplicação à generalidade dos crimes, ou, admitindo o catálogo, sobre a delimitação daquele.

No que ao primeiro aspecto diz respeito, dir-se-ia que o raciocínio de que há crimes para os quais não faria sentido estabelecer a responsabilidade colectiva, dada a natureza do crime e a componente de acção humana individual que neles se exige, valeria em igual medida para crimes que apresentam elementos típicos da mesma índole (v.g. alguns crimes de ordem sexual que constam do catálogo). Note-se que, em França, com a reforma penal de 1994, se introduziu a responsabilidade das pessoas colectivas com um âmbito restrito e, a partir de 1/1/2006, passou a vigorar como regra geral, já que o legislador suprimiu o segmento legal do art. 121-2 que limitava aquela responsabilidade a “*dans les cas prévus par la loi ou le règlement*”¹⁰, decerto após concluir que a previsão inicial não surtiu a eficácia esperada.

Admite-se que a adopção de uma regra de responsabilização com carácter geral importaria um inapelável alargamento da responsabilidade penal (punibilidade) e situações haveria em que se poderia revelar excessiva por, dificilmente, se relacionar com a “actividade” ou não ser perpetrado “no interesse colectivo”.

No que concerne ao segundo aspecto, pode questionar-se a fronteira traçada pelo legislador quanto aos tipos penais em concreto, mostrando-se discutível a opção do legislador quanto a alguns relativamente aos quais se encontra prevista a responsabilidade da pessoa colectiva (v.g. corrupção passiva, sobretudo, porque o legislador excluiu a responsabilidade do Estado e de pessoas colectivas de Direito público¹¹), e a outros que, não tendo sido incluídos, se justificaria não ficarem fora do catálogo (v.g. burla, abuso de confiança, usura, receptação, etc)¹².

O mesmo tom de reservas se poderia colocar relativamente à opção legal de afastar da penalização certas entidades v.g. entidades colectivas públicas, empresariais

¹⁰ - O normativo dispunha da forma seguinte: “Les personnes morales, à exclusion de l’État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 [et dans les cas prévus par la loi ou le règlement], des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants”.

¹¹ - O sentido útil da inclusão destes crimes no leque de punibilidade da pessoa colectiva, tratando-se como se trata de crimes específicos, residiria nos casos em que o agente funcionário actue em participação ou em benefício de terceiro que não seja funcionário, podendo ser punido por corrupção passiva bem como os entes colectivos que ele eventualmente “represente”.

¹² - Ao que julgo, o legislador seguiu os instrumentos jurídicos internacionais, mormente de índole comunitária, referentes a áreas sectoriais v.g. Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Consº, de 22-12-2003, relativa à exploração sexual de crianças e pornografia infantil; Decisão-Quadro 2003/80/JAI do Consº, de 27-01-2003, relativa à protecção penal do ambiente; Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Consº, de 19-07-2002, relativa ao tráfico de seres humanos; Decisão-Quadro 2000/383/JAI do Consº, de 29-05-2000, relativa à contrafacção de moeda; Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional (assinada por Portugal), entre outros – Cfr. exposição de motivos da Proposta de Lei nº 98/X.

ou concessionárias de serviços públicos, além do Estado e de organizações internacionais de direito público. São compreensíveis certas razões convocáveis em abono da solução adoptada e com apoios no Direito comparado, mas o tratamento da questão demandaria uma disponibilidade que a economia deste texto não consente.

2. A QUALIDADE DE SUJEITO PROCESSUAL

Representação judiciária da pessoa colectiva

A assunção da qualidade de sujeito processual por parte da pessoa colectiva, com as incidências emergentes em matéria do respectivo estatuto, de representação e do direito de defesa, estriba-se em torno da discussão sobre as relações entre aquela e o seu representante, no âmbito do processo.

Ora, sendo o quadro constitucional o fundamento e o limite da matéria processual penal, forçoso é, antes de mais, convocar o art. 12º da CRP onde se dispõe que as pessoas colectivas gozam dos direitos compatíveis com a sua natureza.

Consequentemente, face à eventual responsabilização penal, o conteúdo inerente ao estatuto de arguido deve ser aplicado às pessoas colectivas em todo o seu alcance, não comportando quaisquer restrições que não decorram da especial natureza que têm. Assim, enquanto arguidas podem, nos termos gerais, dirigir exposições e requerimentos, juntar provas ou requerer diligências, ser assistidas por defensor, não prestar declarações, beneficiar da presunção de inocência, do privilégio da não auto-incriminação, do *in dubio pro reo*, etc. Em matéria de deveres processuais, dificilmente se pode identificar um quadro global já que, levando em conta o desenho literal do nº 3 do art. 61º, o que se pode afirmar é que nada é directamente aplicável à pessoa colectiva a não ser duas parcelas da al. d), a da sujeição a diligências de prova¹³ e a da sujeição a medidas de garantia patrimonial cujo alcance prático não será significativo, atentos os fins que se visam com as mesmas.

Porém, impõe-se questionar como podem “estar em juízo” as pessoas colectivas?

Com efeito, da conjugação dos arts. 140º nº 2 e 138º nº 1 CPP resulta um indeclinável carácter pessoal das declarações que um participante processual presta – na veste de testemunha ou de arguido – como bem se evidencia na literalidade impressiva do último preceito referido ao estipular que “o depoimento é um acto pessoal que não pode, em caso algum, ser feito por intermédio de procurador”.

Logo, a nota de pessoalidade – ou, porventura, presença física – das declarações da pessoa colectiva, não podendo ser assegurada directamente por esta, parece implicar a audição de quem (pessoa singular), nos termos da lei, do pacto social ou dos estatutos¹⁴, consoante os casos, representa a entidade colectiva.

¹³ - Dever pretensamente proscrito por grande parte da comunidade jurídica e até muita doutrina, mesmo sem considerar algumas exigências que sirvam de equilíbrio em “estados de necessidade qualificados” da investigação, salvaguardando sempre valores inarredáveis entre os quais a dignidade da pessoa humana (como tem apontado, por diversas vezes, o TEDH).

¹⁴ - Cfr sobre o assunto, Parecer da PGR 10/94, 5-4-1995, DR II, 99, 28-4-95, p 4576; cfr. Jorge Reis Bravo, “Incidências processuais da punibilidade de entes colectivos” in *Revista do Ministério Público*, 105, 2006, p. 45 e ss.; e ainda Germano Marques da Silva, “Questões processuais na responsabilidade

A este propósito têm sido debatidas duas concepções:

- por um lado, numa perspectiva tradicional¹⁵, diz-se que apenas pode haver uma regular representação através da intervenção, no processo criminal, dos titulares dos seus órgãos, administradores ou sócios-gerentes (*top management*).

- por outro lado, numa perspectiva moderna, admite-se a representação fundada numa delegação de competência¹⁶ (eventualmente, demonstrada através de procuração com poderes bastantes), aproximando-se, por esta via, a capacidade de imputação objectiva à pessoa colectiva da capacidade judiciária e enfatizando a ideia de “responsabilidade” em prejuízo da de “acção”.

Julgo que a última perspectiva é a que melhor compatibiliza o regime instituído, globalmente considerado, com o esquema organizacional societário, por diversas razões.

Desde logo, por uma razão de *intermediação* indiferenciada já que importa reconhecer que a “pessoalidade” do acto, em matéria de pessoas colectiva, é, por natureza, ficcionada; a intervenção da pessoa colectiva é sempre intermediada, através do representante; sob este ponto de vista, até se poderá dizer que é indiferente ser um ou outro; só não será indiferente se houver razões de índole material e procedimental que possam colidir, por exemplo, com as garantias de defesa (ampla defesa), ou com a regularidade do procedimento ou com a ideia de processo equitativo.

Além disso, ressalta uma razão de *realismo* já que, actualmente, a estrutura organizacional das empresas ou entidades colectivas leva a que disponham de uma proliferação de estabelecimentos à escala nacional ou mesmo inter-estadual, dispersando gerentes, administradores (administradores-delegados) ou directores que representam a pessoa colectiva; são razões de índole funcional que leva os entes colectivos a ter esta representação atomística e são essas mesmas razões que sugerem que a representação judiciária deva ser feita nessa mesma base (incómodos ou mesmo a impossibilidade prática de os administradores se deslocarem aos organismos da administração da justiça para prestar declarações, quando a pessoa colectiva é suspeita /arguida ou ofendida /assistente)¹⁷. Logo, é do interesse da pessoa colectiva que haja esta “maleabilidade” de representação.

Acresce uma razão de índole *processual-pragmática* porquanto, de um ponto de vista da “razão de ciência” de quem intervém como representante legal (administrador ou sócio-gerente), na normalidade dos casos, não tem conhecimento dos factos: na óptica da pessoa colectiva arguida, se não conhece o que se passou, não se vê que possa apresentar uma adequada estratégia de defesa¹⁸, pelo que, a uma superior

cumulativa das empresas e seus gestores”, inédito, gentilmente cedido pelo autor.

¹⁵ - De raiz civilista, podendo distinguir-se entre órgãos deliberativos, que formam a vontade da pessoa colectiva e e representativos que manifestam essa vontade no exterior.

¹⁶ - Podendo discutir-se se tal não constitui uma “representação simplificada” das garantias do arguido/pessoa colectiva, pelo menos formalmente.

¹⁷ - Ada Pellegrini Grinover, invocando até a figura do direito processual brasileiro do “preposto”, afirma mesmo que “cabe exclusivamente à pessoa jurídica acusada (ou indiciada) indicar a pessoa física que será interrogada” cfr “Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica” in *Responsabilidade da Pessoa Jurídica e medidas provisórias de direito penal*”, Editª Rev. Tribunais, 1999, S. Paulo, p. 50.

¹⁸ - Se não sabe o que se passou, nem quando, nem como, nem porquê nem eventuais razões justificativas

representação corresponde uma inferior utilidade; e de igual modo, na qualidade de ofendida, conduz também a uma relativa inutilidade, pelas mesmas razões; e mesmo num cenário em que o administrador ou sócio-gerente tenha conhecimento dos factos, tratar-se-á a maioria das vezes de conhecimento indirecto¹⁹ e, por conseguinte, torna-se necessário obter o depoimento das pessoas que têm conhecimento directo dos factos.

Finalmente, invocam-se razões de *Direito positivo*, quais “lugares paralelos” de uma ordem jurídica global, que constituirão subsídios de interpretação tendo em vista a delimitação do “círculo de representantes processuais” da pessoa colectiva.

Antes de mais, o art. 21º nº 1 do CPC dispõe que aquela entidade é “representada por quem a lei, os estatutos ou o pacto social designarem”, regra geral que pode, em qualquer caso, funcionar como ponto de partida para uma solução. Já o disposto no nº 2 do mesmo artigo, sobre a possibilidade de o tribunal poder suprir a falta de tal designação, dificilmente pode ser concebido no plano processual penal uma vez que estaria a condicionar a livre organização e expressão da defesa. A solução passará por deixar essa tarefa à pessoa colectiva. É certo, que a inaplicabilidade dessa prerrogativa judiciária pode conduzir, no limite, a um impasse se a pessoa colectiva nunca indicar nem chegar a comparecer quem quer que seja, a determinado acto processual.

Por outro lado, em matéria de sociedades comerciais, o CodSocCom apresenta um conjunto de normas que, globalmente vêm na linha do que se afirmou. Assim, para as sociedades em nome colectivo e sociedades por quotas, consagra-se a regra de que incumbe aos gerentes a administração e a representação da sociedade (arts. 192º, 252º e 261º do CodSocCom), admitindo-se a delegação de competência (gerente-delegado, nº 2 do art. 261º). Já no que concerne às sociedades anónimas, a questão da representação parece restringir-se ao conselho de administração que, nos termos do art. 405º nº 2 do CodSocCom, detém “exclusivos e plenos poderes de representação da sociedade”. Todavia, o preceito parece não se revelar congruente com a actual redacção de outras normas que atribuem a outros órgãos o poder de representação da sociedade perante terceiros, designadamente conselho fiscal (art. 421º nº 3 e 4 e art. 420º nº 1 al l)) e conselho geral e de supervisão (art. 441º al. p)). De todo o modo, e sem prejuízo do que se disponha no contrato de sociedade e nas normas gerais aplicáveis, importaria consagrar um dispositivo processual penal que dissipasse as dúvidas e tornasse clara a representação em juízo. Acresce as sociedades em comandita, cujo regime de representação se pode aferir por decalque o das comanditas simples no das sociedades em nome colectivo e o das comanditas por acções no das sociedades anónimas (arts. 470º, 474º e 478º CodSocCom).

Todavia, fora do universo das sociedades comerciais, a propósito das chamadas “entidades equiparadas” – também elas centros de imputação penal – e à falta de uma regulamentação específica, emergem problemas acrescidos de representação, no plano concreto, como é o caso das sociedades civis e associações de facto que, nos termos do art. 22º CPC, são representadas pelas pessoas que actuem como directores,

ou causas dirimentes de responsabilidade.

¹⁹ - Por a versão dos factos lhe ter sido apresentada, oralmente ou por escrito, por quem actuou ou pelo quadro intermédio que coordena ou controla a actividade de quem actuou, às vezes numa cadeia de conhecimentos indirectos.

gerentes ou administradores; ou ainda, os patrimónios autónomos em geral que são representados pelos respectivos administradores nos termos do mesmo preceito.

Mais ajustado ao quadro de necessidades de representação e à normal tramitação do procedimento parece estar a ideia de que quem pode fazer gerar responsabilidade para a pessoa colectiva também, em princípio, pode representá-la em juízo. Esta “indiferenciação” de representantes também ocorre no plano substantivo onde o legislador não estabelece uma hierarquia entre órgãos, representantes, ou pessoas do controlo de actividade, com um esquema de prevalência, de intervenção sucedânea ou, porventura, simultânea. De resto, aquela coincidência entre os elementos de um círculo e de outro nunca poderia ser total, porquanto se trata de realidades distintas, além de o critério de imputação objectiva assentar num círculo de pessoas bastante amplo (art. 11º nº 2 do CP); mas a verdadeira razão para a discrepância residirá nos trabalhadores indiferenciados, representantes de facto, quadros intermédios, ou outros que integrem a categoria de pessoas subsumível à expressão “*quem aja sob a autoridade de...*” (al. *b*) do nº 2) uma vez que as demais categorias não suscitarão problemas, de índole técnico-jurídica ou dogmática, que desaconselhem a sua inclusão do elenco de representantes, tanto mais que, nesta última categoria de “quem tenha autoridade para exercer o controlo de actividade”, estarão incluídos, regra geral, os administradores-delegados e os gerentes de estabelecimento, entre outros, de que as entidades colectivas se socorrem para levar a cabo a gestão das suas actividades²⁰, em concreto. A categoria da base (“*quem aja sob...*”) não se deveria excluir, de todo em todo, porquanto se pode revelar funcional²¹, mesmo que adstrita a requisitos adicionais como, por exemplo, estar sujeita a designação expressa do órgão representativo e alguns actos processuais sujeitos a autorização prévia ou a ratificação²². As mesmas reservas e os mesmos requisitos podem ser invocados para as situações de representação voluntária.

De todo o modo, a questão tem importância porquanto a irregularidade da representação – o mesmo é dizer, quando a pessoa colectiva é representada por quem não tem poderes – pode ser considerada nulidade por “ausência do arguido” (al. *c*) do art. 119º) por não ter ocorrido a (correcta) comparência v.g. em interrogatório como a lei exige ou, porventura, nos termos da al. *d*) do nº 2 do art. 120º por “insuficiência de inquérito ou instrução por não terem sido praticados actos legalmente obrigatórios”, quando houve acusação, por não ter sido feita uma correcta constituição de arguido e interrogatório, equivalendo à sua falta.

E mesmo que se trate de mera irregularidade, o vício sana-se – nos termos da lei processual civil (art. 23º do CPC) – pela intervenção do representante que a lei, pacto ou estatutos designam, desde que este os ratifique; se os não ratificar ficam sem

²⁰ - E que o sistema americano acantonaria no chamado “*managerial test*”.

²¹ - Cfr. a este propósito Ada Pellegrini Grinover, op. cit, p. 50, onde refere que “quer sob o ângulo da autodefesa, quer sob o ângulo dos esclarecimentos que o réu pode oferecer ao juiz, o sujeito do interrogatório há de ser a pessoa que possa estar tão próxima dos fatos quanto convém”.

²² - Embora se não houver cuidado na sua estipulação, as cautelas que se sugerem poderão conduzir à burocratização e ineficácia do sistema (v.g. se para um representante aderir a uma suspensão provisória do processo tiver de obter a aprovação do conselho de administração que apenas reúne esporadicamente, tal será tomado pelo MP como mais um entrave ao mecanismo quando este já é suficientemente “burocratizado”).

efeito, renovando-se os prazos para a prática desses actos não ratificados²³. Neste ponto, é de considerar que não é expectável que o legítimo representante ratifique todos os actos até porque, naturalmente, é mais conveniente para a pessoa colectiva não o fazer – ganha tempo e pode alterar a estratégia de defesa se não tinha surtido efeito até essa altura – mas, sobretudo, vai pôr em crise a investigação porque há actos que não se podem repetir como seja o caso de uma busca consentida pelo anterior representante ou de certa documentação por este entregue.

Acresce a questão da contingência de a representação (legal, estatutária) mudar no decurso do processo. Neste pormenor, o critério de validade dos actos por referência à representação parece-me só poder ser o de que legítimo representante de cada acto é aquele que a lei, pacto ou estatutos indicavam como tal no momento de realização do acto processual (e não o último representante nem o representante legal ao tempo da prática do crime).

Também nos casos em que existe uma pluralidade de representantes²⁴ da pessoa colectiva, as dificuldades para o desenvolvimento do procedimento avolumam-se. Com efeito, podem advir, a par das dificuldades de gestão dos actos, as maiores incertezas sobre o seu resultado prático: assim, a propósito do interrogatório, se um representante confessa os factos imputados e o outro não; ou se um se remete ao silêncio e o outro não; ou então, se um autoriza uma busca e o outro não; se um entrega certos documentos e o outro se opõe, etc, que posição deve prevalecer?; ou se, em sede de audiência, estando presente um representante e o outro faltar, pode a entidade colectiva representada ser julgada (como presente ou na ausência)?

Logo, é de concluir que a falta de um corpo normativo referente a uma espécie de coligação ou litisconsórcio importará a solução de identificar um só representante, sob pena de se obstar a uma eskorreita tramitação processual. É certo que também poderia ter sentido útil a entidade colectiva estar representada por mais que um, em particular, se se discutem diferentes matérias²⁵ e vários crimes conexos, sendo certo que cada representante sabe sobre cada uma das áreas.

Qualidade processual “sui generis” – representante da arguida – e comunicabilidade dos efeitos dos actos processuais

Na sequência da questão anterior, sendo determinado administrador o representante designado pelo pacto social da pessoa colectiva, podemos questionarmos ainda sobre a qualidade em que os demais administradores devem ser ouvidos.

Parece-me que, não sendo suspeitos, devem ser ouvidos, se tal se mostrar necessário, como testemunhas. Com efeito, não vejo que a mera qualidade de administrador lhe possa conferir uma capacidade judiciária especial por referência à qualidade de arguida da pessoa colectiva²⁶. Do mesmo modo que poderíamos estender a questão aos quadros intermédios, quadros técnicos e trabalhadores em geral, seja porque podem representar a pessoa colectiva, seja porque também são guardiões de “segredos”,

²³ - Germano Marques da Silva op. cit parece admitir a aplicação destas regras do proc. civil.

²⁴ - O Ac RC 6/12/2005 decidiu uma questão de patrocínio no sentido de exigir que a emissão de procuração a advogado fosse feita por todos os representantes.

²⁵ - Eventualmente técnicas, v.g. uma contabilística, outra informática, outra relativa ao mercado de valores mobiliários.

²⁶ - So pena de terem de ser, obrigatoriamente, interrogados no decurso do inquérito, sempre que, relativamente à pessoa colectiva, haja “suspeita fundada” da prática do crime.

profissionais ou outros, merecedores de tutela especial ou não. Causaria, por certo, enorme perturbação na tramitação do procedimento judiciário que todos pudessem ter o estatuto de arguidos.

A verdade é que se não são representantes designados, arguidos também não; logo, só podem ser ouvidos como testemunhas, a menos que seja criada uma nova figura processual com estatuto próprio. Mas se depois a entidade colectiva decide substituir o representante por outro que já fora ouvido como testemunha e este por aqueloutro e este por um terceiro e assim sucessivamente... o que constituiria um expediente airoso para impedir que as declarações anteriormente prestadas, na qualidade de testemunhas, pudessem valer como prova (*ex vi* art. 58º nº 5 do CPP). A menos que, continuando a não haver suspeita contra os sucessivos representantes ouvidos, nem sendo eles arguidos – porque “apenas” são *representantes* da arguida²⁷ – se convencionasse que apenas nesta, representada, se repercutiriam os efeitos dos actos em que aqueles participassem. Ainda assim, adviriam daí dificuldades processuais ou mesmo conflitos de interesses nos casos em que as declarações antes prestadas, num certo sentido, já não se mantivessem na qualidade de representante da pessoa colectiva.

Julgo que, mesmo tratando-se de mero representante da arguida – e não arguido –, ainda assim, as declarações anteriormente prestadas por aquele, na qualidade de testemunha, não podem ser usadas como prova contra a pessoa colectiva, atenta a similitude de situações e interesses e valores em jogo, à luz de um *pensamento analógico* a convocar nesta matéria. Da mesma forma que a prerrogativa do silêncio, na veste de representante, preclui a utilizabilidade de declarações prestadas pela mesma pessoa singular, não obstante estas não terem sido prestadas na mesma qualidade, de representante, nem na de arguido, nem, agora, o silêncio ser verdadeiramente do arguido mas apenas de quem lhe é reconhecido um estatuto similar, atento o efeito da representação.

Ou poderá o representante ter a dupla qualidade de testemunha e de representante da arguida? Não seria inédita a sobreposição de papéis (vg. queixa e contra-queixa, testemunha e arguido); mas a partir do exercício da representação e, pelo menos, enquanto a mesma perdurar, não poderá aquele depor como testemunha²⁸, por óbvias razões. Neste pormenor, poderia o legislador processual ter aditado aos casos das alíneas do nº 1 do art. 133º do CPP mais este impedimento para depor como testemunha²⁹.

Então, ouvir ou não o administrador não representante, eis a questão. Dir-se-ia que, sendo suspeito, deveria ser constituído arguido e ouvido como tal; não o sendo, nem sendo representante, talvez nem haja grande interesse para a investigação na sua audição porque, provavelmente, o que sabe é de ouvir-dizer, o que não dispensa chamar a depor quem tem conhecimento directo.

²⁷ - Sendo que se fossem considerados arguidos, o silêncio destes levava a que não pudessem ser usadas as anteriores declarações.

²⁸ - E também não seria caso de admissibilidade de leitura das suas declarações por “impossibilidade duradoira”, mesmo que prestadas perante o MP ou o juiz de instrução.

²⁹ - Ou será que, não o tendo feito, embora tendo em mãos a legislação que consagrava a responsabilidade da pessoa colectiva, o legislador pretendeu não impedir o depoimento como testemunha do representante? Tanto mais que até aditou uma nova alínea (*d*) relativa ao impedimento de peritos responderem na qualidade de testemunhas. Decerto a questão, simplesmente, não foi objecto de reflexão...

A questão da transmissão dos efeitos processuais, decorrentes da intervenção do representante (pessoa física) na esfera jurídica do representado (pessoa colectiva) mantém grande relevância, atentas as relações entre ambos, não sendo líquido que tais efeitos se repercutam, indiscutivelmente, na esfera da pessoa colectiva, sob pena de se tornar uma simplificação.

Julgo mesmo que se torna necessário distinguir três linhas de situações: *i)* aquelas em que o representante da entidade colectiva responde também pessoalmente como arguido no processo; *ii)* aquelas em que tal não sucede, ou seja, o representante não é arguido (por não ser, presumivelmente, o agente executor); *iii)* aquelas em que várias pessoas físicas respondem *per se* como arguidos mas só um deles é representante da pessoa colectiva.

Na primeira linha de situações em que ocorre uma *dupla qualidade* – de “arguido”, respondendo a título pessoal, e de “representante” da pessoa colectiva – numa só pessoa singular cuja conduta criminosa é imputada, nos mesmos termos, à entidade colectiva, por regra, serão mais os aspectos que unem as duas vertentes da defesa que os aspectos que as separam, havendo uma identidade de interesses e convergência de estratégias. Logo, se a pessoa física se remete ao silêncio ou se reconhece a prática dos factos imputados, no todo ou em parte, os efeitos dessa opção também se transmitem à pessoa colectiva já que aquela se apresenta no lugar da colectividade e em nome da qual intervém; a menos que ficionássemos, no plano jurídico, que havia aqui duas esferas incomunicáveis (por conveniência de alguma delas), numa só pessoa e centradas no mesmo acto processual, o que constituiria, no plano da lógica, uma contradição insofismável. Não me parece que seja correcto operar essa dissociação, sob pena de permitir que a pessoa física, enquanto arguido, prestasse declarações e confessasse mas, em simultâneo, na qualidade de representante da pessoa colectiva se remetesse ao silêncio ou prestasse declarações, negando a prática dos factos; ou, na veste de arguido, admitisse a autoria de certo contrato que vinculou a empresa ou o registo contabilístico das operações em que se envolveu e, na qualidade de representante, declinasse tal actuação. Seria uma contradição nos próprios termos, sem rigor nem fiabilidade.

Questão diversa é a possibilidade de, mesmo em situações em que a pessoa singular se encontra no processo numa dupla qualidade, de dispor de dois defensores, um a patrocinar a pessoa física e outro a pessoa colectiva. Tal aspecto não parece revelar-se transcendente e julgo poder resolver-se grande parte dos problemas de divergência de estratégias de forma idêntica às situações em que uma pessoa física dispõe de mais que um defensor, embora se se vier a gerar um sério conflito de interesses, a pessoa colectiva deverá promover a representação por outra pessoa singular.³⁰

No segundo tipo de situações em que a pessoa colectiva tem um representante diverso da pessoa física arguida, suposto agente imediato do crime de cuja acção derivou a imputação penal daquela, aqui já existe autonomia de representação judiciária e, eventualmente, diferenças de estratégia processual, por conseguinte, autonomia de papéis, de funções e de efeitos. É que embora o crime seja o mesmo, a responsabilidade é cumulativa diferenciada e imperfeita³¹.

³⁰ - Já que a disponibilidade e o ónus da designação do representante da pessoa colectiva cabem a esta.

³¹ - O mesmo é dizer que a punição da pessoa colectiva não é decalcada nos precisos termos em que é a

Neste quadro, o silêncio da pessoa física ou a confissão dos factos, ou a invocação de certos fundamentos materiais terão repercussão completamente diferente.

De resto, a pessoa colectiva pode dispor de vias de defesa oponíveis à pessoa singular agente do crime – e que só farão sentido quando esta não se encontra no processo a representar aquela – que excluirá a responsabilidade do ente colectivo mas não a do autor singular: a alegação de que o agente executor actuou *contra ordens expressas de quem de direito* no organograma da empresa. Ou ainda, a invocação de que aquele não agiu *no interesse colectivo*.

No quadro em apreço, sobretudo ao nível da matéria de prova, as relações entre ambos (agente do crime e representante) podem reconduzir-se – num plano de pensamento analógico – à matriz da *co-arguição* com as inerentes dimensões normativas do conhecimento de co-arguido, na sua grande multiplicidade de situações, seja da eficácia probatória, seja do cruzamento ou inversão de posições, seja da intermitência de respostas e de silêncios, seja da aplicabilidade do disposto no art. 345º do CPP ou do nº 2 do art. 133º do CPP.

Na terceira modalidade de situações (variante das anteriores), várias pessoas físicas respondem como arguidos, com diversas responsabilidades enunciadas (autor /cúmplice; tentativa /consumação; dolo /negligência; causas dirimentes de responsabilidade) mas só um deles é representante da pessoa colectiva, podendo nem ser o executor do crime que fez desencadear a responsabilidade desta. Parece que a estratégia da defesa da pessoa colectiva coincidirá com a do representante (também responsabilizado como autor mediato ou mesmo como co-autor ou instigador), assemelhando-se ao primeiro tipo de situações, e já não com a dos outros (relativamente aos quais se suscita a questão da co-arguição), quaisquer que sejam as opções destes³². Ainda assim, não se poderá considerar abuso de direito ou manipulação do processo da pessoa colectiva ao optar pela pessoa singular que está em melhores condições de se defender pelo facto de, por exemplo, esta beneficiar de uma causa de justificação que não se verifica nos outros. No entanto, aquela invocação só poderá surtir efeito se a responsabilidade da pessoa colectiva estiver decalcada na do representante (v.g. crime consumado e doloso) e não responsabilidades desconstruídas; do mesmo modo que não pode a pessoa colectiva pretender beneficiar de causas excludentes de responsabilidade ou de atenuantes que só se verificam em arguidos que não são seus representantes no processo, sob pena de subverter a ideia de individualização da ilicitude e da culpa.

Autonomia da representação conforme à autonomia da responsabilidade da pessoa colectiva face à responsabilidade dos agentes

A autonomia da representação judiciária da pessoa colectiva, aparentemente, encontra eco no disposto no nº 7 do art. 11º do CP quando ali se diz que a responsabilidade da pessoa colectiva “*não depende da responsabilização dos agentes*” do crime.

Mas qual será o exacto alcance deste segmento legal?

pessoa física (nem nas penas nem nos factores de responsabilização)

³² - Por exº, uns confessam e vêem a pena atenuada; outros negam e a pena não é atenuada; outros invocam uma causa de justificação ou falta de consciência da ilicitude e não são punidos; o representante remete-se ao silêncio e vê ser feita prova contra eles, acabando por ser condenado – contingências!...

Dir-se-ia que estamos perante uma responsabilidade penal (imputação objectiva e subjectiva) autónoma, *desligada da acção concreta* de alguém, desde que a comissão do crime possa ser, causal e socialmente, atribuída à pessoa colectiva. Esta leitura postularia um regime arrojado, com uma extensão da punibilidade sem contornos definidos e dificilmente sufragado no plano dos princípios do Direito Penal, além de que o legislador no artº 11º não configurou soluções que se articulem ou concretizem tal perspectiva.

Ou teria o legislador pretendido que a responsabilidade da pessoa colectiva não dependa da *identificação da pessoa física* que actuou, dispensando a determinação do administrador ou do trabalhador que agiu, em concreto? A ser o caso, é de considerar que a consagração da responsabilidade da pessoa colectiva teria um sentido útil acrescido, sem dúvida, resolvendo problemas práticos de prova. Poderia até encontrar-se fundamento dogmático em abono desta concepção na circunstância de ocorrer, na generalidade das situações, uma verdadeira fungibilidade do contributo ou prestação realizada pelos agentes, *maxime* trabalhadores indiferenciados que actuaram³³.

Nem sequer seria invocável a solução restritiva decorrente de, em matéria de autoria, não se admitir uma relação de causalidade alternativa para efeito de imputação objectiva do acto, porquanto os planos são diferentes: aqui não se procuraria apurar uma acção humana concreta e o seu autor – já que qualquer qualquer autor físico seria membro da pessoa colectiva – mas apenas determinar a responsabilidade desta, ou seja, o que aqui nos ocupa é a relação entre a pessoa singular e a colectiva e não a relação ou individualização a operar entre duas ou mais pessoas físicas.

Apesar da bondade deste entendimento³⁴, não creio que seja este o desígnio do legislador com aquela estipulação. Na verdade, nada mais disse quanto ao modo como se estabeleceria a responsabilidade da entidade colectiva, caso dispensasse a individualização do agente executor. Não precisaria o legislador de ter ido tão longe na definição de critérios, em matéria de imputação objectiva, nas alíneas do no 2 do art. 11º com a especificação de diversas categorias de pessoas, com a exigência de actuação no interesse colectivo e previsão de um elo de autoridade e de violação de deveres de vigilância, já que tudo se subentenderia nos casos de não identificação da pessoa singular. No limite, não só não seria necessário o legislador eleger um elenco de categorias como nem seria necessário provar-se a identidade de alguém nem a sua pertença à “cadeia de imputados”. Acresce que, sem substrato pessoal de uma conduta, difícil ou impossível se tornaria estabelecer a imputação subjectiva da pessoa colectiva, a menos que o legislador tivesse suprido tal dificuldade com a adopção de um esquema estratificado de “culpa social” das colectividades, na base de uma *corporate culture* ou de uma “culpa convencional” por reporte à culpa do órgão.

Noutra visão do problema, dir-se-ia que o legislador, exigindo que se identifique o agente do crime, pretendeu que a responsabilização ou não da pessoa física

³³ - O que vale por dizer que poderia ser, indiferentemente, qualquer um deles, A ou B ou C a agir, para o acto ser imputado à entidade colectiva.

³⁴ - Na linha da concepção de K Tiedemann, op. cit; e também “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado” in *Revista dos Tribunais*, nº esp – *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*, 1999, S. Paulo, pp. 25 e ss.

se tornasse sempre independente da da pessoa colectiva, designadamente, quando fosse invocada alguma causa dirimente de responsabilidade pela pessoa singular que agiu e que não aproveitaria àquela entidade, não se transmitiam os efeitos à mesma. Mas também não parece adequada tal visão, já que se as fontes de responsabilidade criminal se comunicam à pessoa colectiva, em princípio, as fontes de exclusão dessa responsabilidade³⁵, por coerência, também se lhe hão-de transmitir.

Outro ponto de vista poderia postular a ideia de que a responsabilidade da pessoa colectiva não depende do nível apurado da responsabilidade da pessoa singular v.g. se estamos perante uma situação de autoria *versus* cumplicidade, ou de tentativa *versus* consumação, ou de dolo *versus* negligência. Mas também dificilmente se pode aceitar esta perspectiva porquanto isso significaria ainda uma responsabilidade penal da entidade colectiva verdadeiramente autónoma, sendo certo que o legislador não adoptou critérios de imputação próprios e diversos dos da pessoa singular. É com base no desvalor da acção mas também daquelas diversas categorias penais que se podem reportar à pessoa física que se há-de estabelecer a imputação penal colectiva.

A menos que o legislador estivesse a tomar partido por uma das vias da discussão doutrinal, pretendendo com aquela expressão centrar a imputação, objectiva e subjectiva, exclusivamente e de forma fixa, no órgão representativo de referência. Porém, não hierarquizou tal preferência entre as demais categorias de pessoas que podem vincular criminalmente a pessoa colectiva, admitindo que possam ser *todas* as “pessoas com posição de liderança” (nº 2 e nº 4), além das que actuam sob autoridade daquelas. Aquela via conduziria a uma matriz de responsabilidade “fixa” do género de: o ente colectivo responde sempre a título de autoria mediata, na forma tentada, e com dolo se a actuação tiver sido levada a cabo pelos agentes das categorias da al. a) do nº 2 do art. 11 CP e a título de negligência quando a imputação funcionar por força de actuação das categorias da alínea b) do nº 2 do art. 11º CP.

Esse seria um modo de correr o risco de se configurar uma imputação objectiva presumida e uma culpa presumida, alheadas das circunstâncias do caso concreto, da gravidade das consequências, do modo de execução do crime, da intensidade do dolo ou do grau da negligência.

Finalmente, numa outra leitura, dir-se-ia que a responsabilidade da pessoa colectiva se verifica independentemente das vicissitudes, de índole processual-substantiva³⁶, com que cada sujeito se depara. Pense-se, por exemplo, em matéria de prescrição de que beneficie a pessoa física; ou de amnistia da infracção imputada a esta; ou de dispensa de pena relativamente à pessoa singular³⁷; ou em caso de morte da

³⁵ - Pode haver posições jurídicas reportadas à pessoa física, atenta a índole pessoal que comportam, que seja discutível a sua comunicação à pessoa colectiva v.g. em matéria de inimizabilidade ou de erro daquela quando, no plano organizacional e de controle e de vigilância, não obstou à actuação do executor, podendo fazê-lo. Poderia, assim, a colectividade ser responsabilizada a partir de outras fontes de imputação objectiva v.g. autoria mediata e culpa de outros elementos da organização (directores, coordenadores de actividade, responsáveis por serviços, gerentes ou administradores).

³⁶ - Ou de natureza mista ou mesmo substantiva *tout court* mas com incidências processuais.

³⁷ - Apesar de o mesmo poder suceder relativamente à pessoa colectiva como ocorre, por exemplo, em matéria tributária.

pessoa singular, agente concreto do crime, por exemplo, em sede de julgamento, não chegando a ser julgada ou, depois de julgada mas antes de a sentença ser proferida.

Com este sentido – porventura, de clarificador (à semelhança de muitas das normas introduzidas na revisão) – o legislador aporta ao instituto um propósito que não colide com a construção operada nos diversos pontos do art. 11º do CP. Acresce que ao usar o vocábulo “*responsabilização*” (e não responsabilidade), na parte final do nº 7 em apreço, parece sugerir uma ideia de *punição efectiva* da pessoa singular a que a responsabilidade e punição da pessoa colectiva não estaria adstrita. Por conseguinte, também a medida da pena, em concreto, da pessoa singular não limitaria a medida da pena da entidade colectiva, seja por via da moldura de prevenção seja por via da moldura de culpa, naturalmente conformadas por parâmetros diversos.

É certo que a dissociação da responsabilização da pessoa colectiva face à do agente concreto do crime – com este significado – pode incrementar a dificuldade de determinação da culpa e imputação objectiva, em particular, em sede de julgamento. Mas a dificuldade da (só) não “presença”, física ou jurídica, também ocorre em casos de co-arguição se um dos arguidos decide remeter-se ao silêncio ou ser julgado na ausência, e o tribunal não se pode acantonar num *non liquet*, até porque não deixa de se produzir prova testemunhal e ser examinada e valorada a prova pré-constituída que, nos termos habituais, se transmite à fase de julgamento.

3. ACTOS E INSTITUTOS COM RELEVÂNCIA PROCESSUAL

Convenhamos que o nosso processo penal se encontra plasmado por uma matriz eminentemente “antropocêntrica” e “antropomórfica”, cujas soluções normativas se direccionam para a pessoa singular e perdem operatividade e eficácia quando aplicadas a uma pluralidade de sujeitos processuais³⁸, *maxime*, arguidos.

Flagrante, detenção e primeiro interrogatório judicial - sua (in)admissibilidade

A questão que, sumariamente, se pode equacionar é a de saber se uma pessoa colectiva, representada por alguém, pode ser submetida a interrogatório judicial, nos termos do art. 141º do CPP.

A questão só tem acuidade pelo facto de, na nomenclatura do CPP, o interrogatório judicial de arguido estar reservado apenas a arguidos *detidos*, como se alcança do teor (e epígrafes) de diversas disposições legais v.g. arts. 141º, 143º 144º e 213º do CPP, sendo certo que existe a impossibilidade prática de a pessoa colectiva poder ser detida.

Poderá, então, o legítimo representante daquela, enquanto tal, ser detido e submetido a interrogatório judicial de arguido detido ou, de forma mais abrangente, ser-lhe aplicável a detenção nos termos e para os efeitos do nº 1 do art. 254º do CPP?

Numa primeira análise, a resposta afirmativa parece revelar-se excessiva, atendendo a que a pessoa a deter não é suspeita/arguida³⁹. Mas sabendo que qualquer

³⁸ - Mesmo o processo civil denota dificuldades, não obstante os institutos do litisconsórcio e da coligação disporem de regras que dão suporte a adaptações que se impõem.

³⁹ - Se o fosse, o quadro de análise seria diverso.

pessoa, mesmo testemunha, e verificado certo circunstancialismo, pode ser detida para garantir a sua comparência em acto processual (cfr. art. 116º nº 2), seria tratamento de favor injustificado o representante da arguida, faltoso, não estar sujeito a procedimento idêntico.

Em todo o caso, como se trata, precisamente, de pessoa física, na condição de representante de arguida que é a pessoa colectiva, julgo ser-lhe aplicável a norma do art. 257º nº 1 do CPP quando comina que só haverá lugar a detenção fora de flagrante delito, a fim de vir a comparecer em acto processual – como sucede de forma recorrente – desde que haja fundadas razões para considerar que o visado se não apresentaria espontaneamente perante a autoridade judiciária. E, porventura, também será aplicável o nº 2 do mesmo preceito se, além do mais, se verificar na pessoa do representante “perigo de fuga”.

Mas mesmo que se cumpra este preceito – notificando para comparecer espontaneamente em prazo fixado ou que, justificadamente, se detenha o representante para se assegurar a sua presença em interrogatório judicial – afigura-se-me que só nesta segunda situação (de detido) poderia haver lugar a “primeiro interrogatório judicial de arguido detido”, já que a norma do art. 257º não terá virtualidade de instituir uma modalidade diferente de acto processual – de “primeiro interrogatório judicial de arguido *não* detido”⁴⁰ – não estando previsto no quadro dos actos afins. De resto, a prevalência da apresentação espontânea sobre a detenção para efeito de interrogatório tem primordial sentido útil quando gizado para interrogatórios em liberdade levados a cabo, no inquérito, pelo Ministério Público, nos termos do art. 144º. Claro que as incoerências legais que subsistem, a este propósito, continuarão a dar azo a práticas judiciárias que o legislador terá querido evitar – detenções em *show off* – apenas alterando o momento: o suspeito ou o representante da pessoa colectiva suspeita é notificado para se apresentar nos serviços do Ministério Público para interrogatório, após o que, sendo caso de aplicação de uma medida de coacção (que não o TIR) ou de garantia patrimonial, o MP, nesse momento, procede à detenção (desde que reunidos os requisitos legais e se tal se justificar) e apresenta-o ao juiz de instrução; ou, então, apenas remete a este os autos com a inerente promoção de aplicação daquelas medidas e o juiz optará por determinar a sua detenção⁴¹ para que o possa interrogar ou, em cenários de menor gravidade das medidas propostas pelo MP e desde que considere suficiente, apenas ouvi-lo sem exigir a sua presença, por exemplo, através de exposição a apresentar por defensor como permite o art. 194º nº 3 do CPP.

Em matéria contra-ordenacional de alguma legislação sectorial, tem-se consentido que a audição possa assumir a forma escrita. Mas não é isso que estipula a norma penal e não me parece que a especial natureza da pessoa colectiva exija a audição escrita; o que a natureza exige é que aquela seja representada por uma pessoa física, mantendo-se, no que a esta concerne, em geral, as regras que disciplinam os actos das pessoas singulares.

⁴⁰ - Porque, neste caso, de arguido em liberdade, a intervenção do juiz das liberdades não tem a mesma premência. Daí que se disponha no art 144º que “os subsequentes interrogatórios de arguido preso ou os *interrogatórios de arguido em liberdade* são feitos no inquérito pelo MP...”

⁴¹ - Para mais se considerarmos o interrogatório judicial, em inquérito, como uma espécie de incidente de que o juiz é o *dominus*.

Atento o teor literal do art. 194º nº 3, só nessas circunstâncias não se exigirá que o arguido esteja detido para a “audição”⁴², apenas obrigando a que se prestem, também aí, as obrigações previstas no nº 4 do art. 141º do CPP. Por conseguinte, também não me parece que tal norma venha trazer um suplemento de utilidade na articulação com o disposto no art. 257º do CPP com um intuito de sufragar interrogatórios judiciais de arguidos detidos.

Questão análoga consiste em saber se, em face da detenção em flagrante delito de uma pessoa singular, elemento da pessoa colectiva, por crime imputável a esta, pode ser também detido e apresentado (juntamente com o executor) o representante desta – mesmo que desconhecedor da prática do crime e ausente do local em que o mesmo foi praticado – para ser julgado sob a forma de processo sumário, uma vez verificados os demais pressupostos.

Desde já se reconhece a violência em que este procedimento se traduziria relativamente ao representante legal da pessoa colectiva. Mas também é verdade que, de outro modo, esta forma de processo (e tantos outros mecanismos) parece não ser aplicável à pessoa colectiva e, não sendo a esta, questiona-se se faz sentido que o seja à pessoa singular – consistindo, porventura, a responsabilidade penal cumulativa em um novo fundamento para remeter os autos para processo comum – até pela duplicação e discrepância de julgados.

A verdade é que não é só a questão da detenção do representante (não executor do crime) que está em causa; o problema residirá na extensão ou na adaptação do conceito de “flagrante delito” à pessoa colectiva para que se mantenha uma congruência de regimes.

A opção sobre a aplicabilidade do instituto à pessoa colectiva – v.g. numa base de fazer coincidir o “flagrante” desta com o “flagrante” do agente executor – caberá ao julgador. É que, considerando a actuação de referência para a imputação colectiva a deliberação do órgão, *alter ego* da pessoa colectiva, bem se pode dizer que esta se encontraria permanentemente “em flagrante” até que fosse revogada a deliberação, quer se viesse a consumir ou a exaurir o crime quer não.

Em face das dificuldades e atento o normativo existente, afigura-se-me que a solução mais ajustada passa por decalcar a situação de flagrante por referência à situação do executor e fazer uso do disposto no art. 385º do CPP – no sentido de que a detenção só deve ocorrer se houver razões para crer que não haverá apresentação espontânea – notificando para comparecer perante o MP, em data e hora a fixar, mesmo depois de ultrapassadas as 48 horas, podendo ainda haver lugar a *audiência de julgamento em processo sumário* (nº 3 al. a)) ou mesmo a *primeiro interrogatório judicial* (nº 3 al. b)). Se a possibilidade de julgamento não suscita especiais dúvidas, já que a tramitação processual se mostra aligeirada e a audiência e decisão menos solene (como se alcança dos arts 387º a 389º CPP), nesta forma de processo, já o interrogatório judicial suscita as maiores perplexidades: pretendeu o legislador introduzir um interrogatório sob a forma de processo sumário tal como se prevê a suspensão provisória de processo (art. 384º CPP)⁴³? Ou vem consagrar uma modalidade de

⁴² - O facto de a audiência poder ter lugar no acto de primeiro interrogatório, não significa que possa haver primeiro interrogatório judicial sem ser de arguido detido.

⁴³ - No caso de, decretada a suspensão mediante a observância de regras de conduta ou injunções, estas não forem cumpridas, o processo prossegue... Mas como: reabre-se a audiência de procº sumário (mesmo

interrogatório (de arguido em liberdade) paralela à do art. 141º do CPP? Qual o regime aplicável a este interrogatório: arguido não detido; a ter lugar mesmo depois das 48 horas; convocando as regras do art. 141º? A (estranha) inovação não encontraria já um quadro paralelo com aproveitamento do mesmo leque de situações, previsto nos nºs 2 e 3 do art. 382º do CPP?

Mantém-se, em todo o caso, a velha questão de saber se, ultrapassadas as 48 horas após o flagrante, é ainda admissível a detenção para apresentar a julgamento sumário ou a interrogatório e eventual aplicação de medida de coacção, mesmo em casos que não admitam prisão preventiva (emitindo o juiz os mandados)?

Com esta imprecisão legal, parece-me não haver impedimento em sujeitar o representante da pessoa colectiva a estes actos processuais, mesmo que isso não tenha estado nas insondáveis cogitações do legislador.

A ser assim, podem suscitar-se no quotidiano judiciário questões práticas – mesmo que sem (grande) dignidade dogmática –, por exemplo, a de saber qual o lugar que o representante da pessoa colectiva deve ocupar na sala (banco dos arguidos ou das testemunhas), ou qual o âmbito da obrigatoriedade de responder com verdade, em primeiro interrogatório, sobre a identificação e antecedentes criminais. Ora, sendo arguida a pessoa colectiva e a pessoa singular apenas representante, os antecedentes criminais que tem sentido reportar são os daquela e não os desta; já quanto à identificação, haverá interesse em dispor dos dados de ambas; e o lugar na sala de audiência, por se tratar de representante da arguida, não se vê razão de monta para não ser o banco dos arguidos, apesar do incómodo da situação por não estar a responder a título pessoal.

Comunicação dos actos

Como o legislador penal nada disse, de forma inovatória ou visando a pessoa colectiva, em matéria de notificações, certamente a via a utilizar é o recurso às normas do processo civil *ex vi* art. 4º do CPP.

Assim, seguindo o disposto no art. 231º nº 1 do CPC as pessoas colectivas devem ser “*notificadas na pessoa dos seus legais representantes*”, dizendo-se, a seguir, que pertencendo a representação a mais que uma pessoa, ainda que cumulativamente, *basta que seja notificada uma delas*. Também o art. 408º nº 3 do CodSocCom dispõe que as notificações de terceiros à sociedade podem ser dirigidas *a qualquer dos administradores*, sendo nula toda a disposição em contrário do contrato de sociedade e o artº 261º nº 3 do mesmo diploma prevê regra idêntica para os gerentes.

Não vejo razões substanciais para não ser esta a linha de procedimento a adoptar, à falta de regulamentação específica. De resto, a possibilidade de a pessoa colectiva dispor de mais que um representante, em simultâneo, no processo penal será, naturalmente, fonte de problemas por as posições desencontradas daqueles poderem paralisar a fluidez dos actos processuais, em concreto, e o procedimento em geral.

O TIR, ajustado à pessoa colectiva, deveria prevenir este género de dificuldades, mencionando-se a morada daquela e a do representante ou de representantes substitutos. Pelo que, havendo uma sequência de vários representantes

que meses depois)? Ou os autos são remetidos para a forma comum? E, neste caso, para a fase de julgamento ou volta para inquérito?

(com morada indicada), deverá seguir-se o alinhamento ali indicado, não me parecendo que resulte de qualquer norma legal a notificação de todos os representantes (designados ou potenciais) como se aí residisse a expressão máxima da defesa – a menos que sem isso resulte cerceado o acesso ao processo ou o contraditório pleno – ou, afinal, essa defesa passar por se furta a notificações para protelar no tempo a decisão do caso.

Já a possibilidade de poder ser feita a notificação em “qualquer empregado”, que o n.º 3 do art. 231.º do CPC sufraga, parece constituir uma extensão desajustada por não integrar uma via normal de representação nem uma via eficiente de transmissão de conhecimento procedimental.

Pode haver, no entanto, dificuldade em se identificar o verdadeiro representante, em virtude das alterações ocorridas, designadamente quando o presidente do conselho de administração ou o sócio gerente passou a ser um cidadão estrangeiro, sem ocupação definida, sem morada certa (um apartado), às vezes com uma ordem de expulsão do país, prática que vem sendo cada vez mais usada. Julgo que a solução passará por considerar abusivas tais práticas e não deixar de proceder à notificação do(s) anterior(es) representante(s).

Conexão de processos

Por razões de economia processual, para evitar contradição de julgados ou para assegurar a concentração da defesa, regra geral, procura-se que todos os responsáveis pela infracção (também pessoas colectivas) e/ou uma pluralidade de crimes do mesmo agente possam ser investigados e julgados no âmbito de um mesmo processo. Porém, as regras do art. 24.º do CPP equacionam modelos de hipóteses de comparticipação e não de responsabilidade cumulativa (pessoa física / pessoa colectiva) e só por extensão do regime daquele quadro de comparticipação se pode abranger também a responsabilidade cumulativa.

De uma outra perspectiva, julgo que não será difícil reconhecer à pessoa singular, agente do crime, o direito de separação de processos, v.g. em virtude de se encontrar em prisão preventiva e a investigação da responsabilidade da pessoa colectiva, representada por uma outra pessoa singular, demandar diligências de investigação que se vão protelar no tempo. De igual modo, a pessoa colectiva poderá requerer essa separação de processos em virtude de a pessoa física, agente do crime, ter sido declarada contumaz, em homenagem ao direito a um julgamento em prazo razoável e por, decerto, constituir um “interesse ponderoso e atendível” (art. 30.º n.º 1 al. a) CPP).

No entanto, deste tipo de situações poderão, facilmente, emergir aproveitamentos, abusos ou manipulações. E mesmo que tal não suceda, a simples separação de processos para investigação, em um deles, da responsabilidade da pessoa singular e, no outro, da responsabilidade colectiva cria dificuldades acrescidas – quando comparado com a co-autoria, autorias paralelas ou cumplicidade entre pessoas singulares – em virtude de o facto criminoso da pessoa colectiva ser, exclusivamente, o realizado pela pessoa física; pelo que a actuação processual desta é decisiva para o apuramento da verdade e para a defesa no que diz respeito à responsabilidade da pessoa colectiva. Por conseguinte, será sempre problemática a cisão entre o apuramento de uma responsabilidade individual e uma responsabilidade colectiva⁴⁴, em tabuleiros

⁴⁴ - Já será diferente uma separação de processos num contexto de várias responsabilidades colectivas (v.g. acordos de empresas na realização de crimes imputáveis às pessoas colectivas, em parâmetros

processuais diversos, com autonomia no seu desenvolvimento, desde posições jurídicas diversas (arguidos /testemunhas⁴⁵ ou assistentes) e direitos e deveres diversos daí decorrentes até ao risco de contradição de decisões.

A natureza da pessoa colectiva e a dinâmica das suas mutações, bem como o princípio de responsabilidade cumulativa, mereceriam que se ponderasse o estabelecimento de fundamentos próprios de apensação e de separação de processos.

Tratando-se de um concurso de *crimes e contra-ordenações* rege, naturalmente, no plano processual⁴⁶, o art. 38º do DL 433/82, 27-10, que confere o processamento da contra-ordenação às autoridades competentes para o procedimento criminal (mesmo subsistindo regras do processo contra-ordenacional v.g. a da admissibilidade do pagamento voluntário por ser um direito geral do infractor). No entanto, impõe-se algum cuidado porquanto alguma legislação avulsa prevê importantes desvios àquela norma de competência como sucede, por exemplo, com o art. 28º da Lei 50/2006, 29-08, ao dispor que se o mesmo facto constituir crime e contra-ordenação ambiental, o arguido é responsabilizado por ambas as infracções, instaurando-se processos distintos a decidir pelas autoridades competentes, o que equivale a uma separação de processos para apuramento das diferentes responsabilidades.

Acresce, em matéria de *competência de índole territorial*, para quem parta da visão de que a “figura central” (autoria) da imputação é o órgão de topo da estrutura organizacional da entidade colectiva, cuja actuação se reconduz às deliberações tomadas, isso significa que as entidades competentes para a investigação (MP; JIC; OPC) serão as que exercem funções na área (comarca) onde se localiza a sede da pessoa colectiva, ocorrendo, por certo, uma enorme densidade ou concentração em Lisboa e Porto, com o subsequente desequilíbrio de pendências processuais. Neste pormenor, a ideia de que os vestígios e prova do crime se encontram onde a acção relevante ocorreu continua a conferir uma outra rendibilidade processual, não obstante a discrepância de critérios que o legislador mantém em sede do art. 264º nº 1 (critério funcional por

similares à co-autoria ou comparticipação das pessoas singulares). Ou, mais complicada ainda, a questão de a pessoa colectiva poder constituir um dos três agentes do crime de associação criminosa exigidos pelo tipo legal (art. 299º nº 5 do CP) – v.g. pessoa colectiva e mais dois representantes desta –, hipótese que o princípio da responsabilidade cumulativa parece afastar, além de que o legislador, por certo, não terá pretendido (nem cogitado).

⁴⁵ - O agente do crime, julgado em processo separado, pode depor como testemunha – se nisso consentir, bem entendido (nº 2 do art. 133º CPP) – contra a pessoa colectiva, mesmo contrariando a versão que, como arguido, expressara no “seu” processo, por razões compreensíveis; a inversa não é tão linear, quer quanto à razão de ciência do representante (não agente do crime) quer quanto à condição processual (representante da arguida e não arguido), podendo aplicar-se a norma do nº 2 do art. 133º, por analogia, mais ajustável ao problema em apreço que o regime-regra da prova testemunhal (em particular a obrigatoriedade e não faculdade de depor).

⁴⁶ - Em matéria substantiva, prevê-se no art. 20º DL 433/82, 27-10, que, constituindo o mesmo facto crime e contra-ordenação, o agente é punido a título de crime, sem prejuízo das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação. Todavia, mostra-se pouco compreensível esta regra já que quando o legislador estipula que determinado facto constitui contra-ordenação está a tomar posição no sentido de que tal facto não carece de pena criminal; e mesmo que, no nosso sistema, um facto seja gerador de diversas responsabilidades (civil, administrativa, criminal), a verdade é que o plano contra-ordenacional e o plano criminal inscrevem-se no Direito sancionatório, de resto, com uma evolução convergente (pelo menos do primeiro face ao segundo) e cada vez mais próximos.

referência ao lugar da prática e da prova do crime) face ao art. 19º nº 1 (critério técnico-jurídico da consumação do crime), ambos do CPP.

Institutos e mecanismos processuais

Naturalmente, em face da especial natureza da pessoa colectiva, diversas questões se colocam sobre a aplicabilidade de alguns institutos e mecanismos processuais.

Desde logo, podemos perguntarmo-nos se a pessoa colectiva pode ser declarada contumaz?

Algumas razões apontam em sentido negativo: por um lado, a figura está talhada para pessoas singulares (cfr. art. 337º do CPP) a que a natureza da pessoa colectiva não se ajustaria v.g quando ali se refere que a declaração de *contumácia* deve ser comunicada a “parente ou pessoa da sua confiança” (nº 5), momento em que são emitidos “mandados de detenção”; por outro lado, no registo de contumácia, o formulário actualmente em vigor dispõe de campos com dados nominativos que apenas se dirigem a pessoas singulares⁴⁷.

Em outros argumentos podemos ancorar as bases de uma resposta afirmativa: pelo facto de existirem razões de política criminal que o aconselham; por os efeitos – em razão da representação operada no processo – que decorrem dos actos processuais devem estabelecer-se, em princípio, coerente e conjuntamente, entre os dois sujeitos processuais ligados por uma responsabilidade cumulativa; mas também razões de ordem pragmática aconselham a admissibilidade quando, após um representante da pessoa colectiva ser declarado contumaz, a representação passar para outro e o processo ser tramitado com este novo representante e, uns após outros, todos os representantes possíveis serem declarados contumazes, não pode a pessoa colectiva deixar de ser declarada também, por arrastamento, sob pena de ficar sem representação.

Uma vez declarada contumaz, não se vê razão para não se suspenderem ou interromperem os prazos de prescrição.

Entretanto, em matéria de *prescrição* o legislador veio a solucionar a questão que se suscitava da incomunicabilidade aos entes colectivos do regime de *prescrição* do procedimento criminal das pessoas singulares já que como o prazo se conta por referência à moldura penal do crime, o problema incidia sobre a al. d) do nº 1º do art. 118º do CP por aí se prever o prazo de dois anos quando a pena do crime seja de prisão até um ano ou penas diversas das de prisão, estas, precisamente, as únicas aplicáveis a pessoas colectivas.

Como superação do problema, veio o nº 3 do art. 118º estipular que “se o procedimento respeitar a pessoa colectiva ou entidade equiparada, os prazos previstos no nº 1 são determinados tendo em conta a pena de prisão, antes de se proceder à conversão prevista nos nºs 1 e 2 do artigo 90.º-B”. O mesmo sucede com a prescrição das penas, atento o disposto no nº 3 do art. 122º, agora introduzido⁴⁸.

⁴⁷ - Cfr. sobre estes e outros aspectos relacionados J. Reis Bravo, op. cit, p 76 e ss

⁴⁸ - De forma correspondente, deveria o legislador ter estipulado em matéria de medidas de coacção e de garantia patrimonial, também funcionalizadas a molduras de penas de prisão que os tipos penais prevêm.

Também no que se reporta à aplicação à pessoa colectiva de certos mecanismos processuais se podem suscitar algumas reservas, como seja, por exemplo, a suspensão provisória do processo, o arquivamento em caso de dispensa de pena, o processo sumaríssimo, etc., apesar de não haver razões de ordem ontológica ou mesmo teleológica que impeçam a aplicabilidade de mecanismos de diversão e justiça consensual.

Assim, em sede de suspensão provisória do processo (art. 281º do CPP), para além de as injunções e regras de conduta, bem como as finalidades das “sanções”, a aplicar às entidades colectivas não terem correspondência com o modelo estabelecido, pensado para pessoas singulares – embora se aproveite um quadro mínimo –, a verdade é que este mecanismo se dirige a crimes cujas penas não sejam superiores a 5 anos de prisão ou sanções diferentes da prisão, o que significa que, segundo aquele critério, nenhum crime da pessoa colectiva autorizaria a suspensão do processo (já que não lhes podem ser aplicadas penas de prisão) e, segundo o critério da sanção não detentiva, todos os crimes admitiriam a aplicação do mecanismo.

Só uma interpretação “actualista” que adapte a formulação legal, desconsiderando a pena concreta (não detentiva) que, necessariamente, não pode deixar de ser aplicada à pessoa colectiva, para se atender apenas à pena abstracta como exercício de análise (ignorando o plano da punição, em concreto), poderá superar a dificuldade até que o legislador venha isentar de dúvidas tal aspecto, à semelhança do que fez em matéria de prescrição, e preveja, entre o mais, injunções e regras de conduta ajustadas à natureza do ente colectivo.

Considerações idênticas valem para o arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280º do CPP).

Pode acontecer que em certo tipo penal ou diploma se preveja a dispensa de pena para a pessoa colectiva ou só para a pessoa singular ou para ambas (cfr. Lei nº 15/2001, de 05-06, que instituiu o RGIT, ou art. 13º nº 1 al. b) da Lei nº 50/2007, de 31-08, sobre a verdade na actividade desportiva), sendo certo que as duas primeiras situações conduzem a um diferente tratamento processual entre as arguidas.

O panorama mantém-se quando se pondera a aplicabilidade do processo sumaríssimo (art. 392 e ss. do CPP).

A discrepância de posições entre os arguidos pode criar dificuldades v.g. se o agente material requer que seja aplicada determinada pena em sede de processo sumaríssimo, enquanto a pessoa colectiva rejeita tal procedimento. Neste caso a solução pode passar por separar os processos, em presença de interesse atendível e ponderoso, seguindo caminhos diversos.

Também no que se refere à aplicabilidade do art. 16º nº 3º do CPP, considerando a pena abstracta do crime, mesmo em caso de concurso, e a pena a aplicar, em concreto, não superior a 5 anos de prisão do ponto de vista do Ministério Público, dir-se-á que, *a priori*, todos os casos em que a pessoa colectiva é arguida podem ser submetidos a tribunal singular porque a pena a aplicar à pessoa colectiva, em concreto, nunca poderá ser a de prisão (logo, nunca ultrapassa cinco anos), embora a complexidade do caso e o diferente tratamento face à pessoa singular não aconselhem tal opção.

4. ESPECIFICIDADES DA PROVA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA COLECTIVA E OS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E MEIOS DE PROVA

Elementos específicos da responsabilidade da pessoa colectiva, objecto de demonstração

Há aspectos nucleares da responsabilidade da pessoa colectiva que terão de forçosamente ser alegados como enunciados de facto na acusação, na base de uma indicição suficiente e, em julgamento, se mostrar provados e, bem assim, levados à matéria de facto, significando que não basta imputar factos, objectiva e subjectivamente, à pessoa singular, mas que se torna necessário proceder, em concreto, à imputação – e demonstração – à pessoa colectiva de tais aspectos.

Equacionam-se, entre esse aspectos, os seguintes:

- 1) «:» uma *conexão objectiva* que se traduz na adstrição do facto praticado pelo agente concreto ao desígnio colectivo, normalmente conotado com o âmbito da actividade da empresa ou com o aproveitamento por esta das vantagens decorrentes daquela actuação e que radica no segmento legal “*em nome e no interesse colectivo*” da al. a) do nº 2 do art. 11º do CP;
- 2) «:» uma *conexão de âmbito subjectivo* pela qual se começa por reconhecer determinado facto criminoso – cuja imputação à pessoa colectiva se equaciona – como acção ou omissão de “*peçoas que nela ocupem uma posição de liderança*” (“*órgãos, representantes ou quem detiver a autoridade do controlo de actividade*”) ou por “*quem aja sob a autoridade das peçoas de liderança*”;
- 3) «:» um *elemento de imputação subjectiva*, reconduzido a uma *culpa*, própria ou derivada, da pessoa colectiva.

Conexão objectiva: “em nome e no interesse colectivo”

No que respeita ao primeiro aspecto referido, importa referir que não basta a prova do nexa causal entre a actuação de peçoas singulares, agentes do crime e da entidade colectiva, e a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico tutelado pela norma penal violada. É necessário que se demonstre que a actuação ocorreu em nome da pessoa colectiva e que há uma conexão fáctica/causal entre a actuação concreta realizada e o interesse da pessoa colectiva. Nem sempre é tarefa fácil. Mas este elemento constitui, muito justamente, no plano material, o fundamento de responsabilização da entidade colectiva.

Mas já não será exigível que as infracções cometidas pelos representantes da pessoa colectiva, no quadro de actividade da empresa ou por causa dela, tenham de integrar, especificamente, o *objecto* da pessoa colectiva, definido no pacto social ou nos estatutos. Por um lado, não é suposto estes instrumentos preverem um âmbito de actividade ou um leque de objectivos contrários ao Direito; por outro lado, uma tal exigência levaria a que ficassem de fora, as mais das vezes, as “entidades equiparadas”,

associações de facto ou as irregularmente constituídas por, quantas vezes, não disporem, formalmente, de um objecto definido.

Além disso, o legislador não excluiu a responsabilidade da pessoa colectiva nos casos em que o agente concreto, representante ou titular de órgão, agiu no seu próprio interesse⁴⁹. Decisivo é que a conduta do agente prossiga o interesse colectivo, independentemente de também se visar e vir a ser alcançado um interesse particular. De resto, é admissível que o interesse do agente não se traduza em vantagens da mesma natureza para a pessoa colectiva, podendo até o interesse desta ser satisfeito de forma indirecta e, porventura, atingir interesses secundários e não os escopos preponderantes que o objecto daquela promove.

Questão conexa é a de saber se para responsabilizar a pessoa colectiva é preciso demonstrar que o interesse dela foi efectivamente alcançado e em que medida – v.g. valor do benefício obtido ou do prejuízo evitado – ou se nos bastamos com um “interesse presumido”. Ora, as presunções legais em Direito Penal não são, em geral, sufragadas, por colidirem com princípios básicos; mas isso não significa que, no plano judiciário, na apreciação da prova, se estabeleçam, a partir de instâncias mediadoras do conhecimento como são as regras da experiência, certas presunções por meio das quais, a partir de um facto conhecido (demonstrado) se extrai um facto desconhecido, atentas as circunstâncias do caso. Neste contexto, pode a verificação do interesse colectivo resultar de um quadro de inferências, logicamente ordenadas e com coerência interna.

Questão complementar é a que se traduz em saber se a pessoa singular tinha de conhecer e pretender realizar o interesse colectivo – ou seja, se o dolo da conduta se deve estender a esse aspecto – ou se basta que aquele resultado, objectivamente, tenha sido alcançado, qual espécie de condição objectiva de punibilidade.

Dada a centralidade deste elemento, julgo que não se pode considerar uma mera condição objectiva, sob pena de estarmos a admitir uma zona de punibilidade alargada, não só ao nível das categorias de pessoas singulares que vinculam criminalmente a pessoa colectiva, como também ao nível do seu (não) vínculo laboral à pessoa colectiva e, agora, também, ao nível do interesse prosseguido. De tal modo que chegaríamos facilmente à conclusão que a pessoa colectiva seria passível de responsabilidade criminal pelo facto de determinado indivíduo (que nem era do seu quadro de pessoal) a trabalhar pontualmente para ela, sob a autoridade de alguém, aproveitando o “poderio” da empresa⁵⁰ para cometer um crime económico em seu proveito pessoal ou de outras pessoas da empresa ou mesmo de terceiros, depois de fazer operações de depósito e transferências em contas da empresa – o que poderia indiciar o interesse da empresa... – quando, afinal, apenas havia um aproveitamento pessoal.

Mas a questão do interesse colectivo relativamente às categorias da alínea *b)* do n° 2 do art. 11° pode nem se colocar já que da literalidade da norma não resulta a sua exigência, constando apenas da al. *a)* do mesmo preceito, logo, apenas dirigida às categorias aí mencionadas. O que significará esta diferença de pressupostos, atinentes à conexão objectiva, entre as categorias de agentes da al. *a)* e da al. *b)*? Significará que se

⁴⁹ - Como sucedia em alguns diplomas avulsos que estabeleciam regimes sancionatórios em que se excluía a responsabilidade colectiva quando o agente individual tivesse actuado no seu “interesse exclusivo”.

⁵⁰ - Meios tecnológicos, acessos, imagem comercial e distração de quem o supervisiona e controla.

alguém – trabalhador indiferenciado, quadro intermédio sem funções de chefia ou controle de actividade, mandatário, tarefeiro, subcontratado, etc – praticar um dos crimes referidos no corpo do nº 2 do artº 11º⁵¹, por ocasião do exercício de tarefas relacionadas com certa pessoa colectiva ou nas instalações desta, mas não no interesse da pessoa colectiva nem em seu nome, pode o crime ser imputado à pessoa colectiva? A ser assim, tal constituiria um alargamento excessivo da responsabilidade colectiva e punibilidade.

Decerto a divergência reconduz-se a lapso do legislador que deveria ter apostado o segmento legal “em nome e no interesse colectivo”⁵² na parte final do corpo do nº 2, imediatamente a seguir à expressão “quando cometidos”, por forma a abranger as categorias enunciadas nas duas alíneas; ou, então, deveria ter repetido aquele segmento na al. b) do nº 2 à semelhança do que constava do nº 1 do art. 95º da Lei nº 5/2006, de 23-02, em que o legislador intercalou entre as expressões “pessoa sob a autoridade” e “em virtude da violação de deveres de cuidado e vigilância que lhes incumbem”⁵³. É que para esta categoria de pessoas tendencialmente indeterminada – onde cabem agentes de facto e de direito, internos à organização ou externos, com vínculo precário ou mesmo sem vínculo, bem próximo da categoria “qualquer pessoa” – mais se justificaria a adstrição ao interesse colectivo. Nem se diga que esta exigência abrange a al. b) do nº 2 em virtude de aquele “indiferenciado agente” operar sob a autoridade e vigilância de pessoa de “posição de liderança”, pessoa esta que está vinculado ao interesse colectivo por força da al. a); é que naquele caso a execução do facto cabe ao agente indiferenciado e não à pessoa da “posição de liderança”, sendo que a actuação desta é de controle de actividade e vigilância, sem conformar a resolução criminosa, sem determinar ou participar na realização do crime e, por regra, actuando na base da omissão e, quiçá, negligente.

Não se compreenderia que não seja exigida a prossecução do interesse colectivo para os agentes individuais da alínea b) do nº 2, mesmo que se argumente que quem exerce o controle e vigilância são pessoas que ocupam uma “posição de liderança”, logo, por definição e inerência do cargo⁵⁴, incumbe-lhes prosseguir o interesse colectivo, já que também os órgãos e representantes ocupam posição de liderança e a alínea a) do nº 2 exige a presença desse interesse, eventualmente onde menos se mostrava necessário. De todo o modo, só aceitando que o interesse colectivo decorre da inerência de conteúdo funcional daqueles quadros se pode afirmar que, face à literalidade do preceito, está presente aquele requisito na actuação das pessoas da alínea b).

Acresce que, provando-se o interesse da pessoa colectiva no acto ilícito, normalmente isso revelar-se-á contraditório com a existência de “ordens” – emanadas

⁵¹ - Ou outro, em legislação avulsa para o qual se preveja a responsabilidade penal a aplicar “nos termos gerais”, logo regime jurídico do art. 11º do CP (v.g. Lei 50/2007, 31-08, sobre resp. penal de comportamentos que afectem a verdade na actividade desportiva).

⁵² - Suprimindo-o da al. a) do nº 2.

⁵³ - Entretanto alterada pela Lei 59/2007, mandando aplicar o regime da responsabilidade da pessoa colectiva “nos termos gerais”, logo, do CP. Ou ainda como sucedera na Proposta de Lei nº 239/X, 03-2006, em que se estipulava: ...“crimes cometidos em *seu beneficio* quando a) praticados pelos titulares dos órgãos no exercício das suas funções; b) praticados pelos seus representantes, em seu nome e *no interesse colectivo*”.

⁵⁴ - Mesmo que essa circunstância não chegue para comunicar ou “contagiar” o executor.

por “quem de direito”, no quadro organizacional instituído – que proibam actuações gizadas para a prossecução do interesse colectivo, embora nessas ordens possa estar contemplada a realização ilícita das condutas concretas (circunstância que, por certo, modificaria a visão das coisas), sobretudo se o mesmo resultado a alcançar puder ser atingido de forma lícita e de forma ilícita.

Podemos ainda interrogarmo-nos sobre se cabe à defesa – já que lhe aproveita – alegar e provar a circunstância de o agente concreto ter actuado contra ordens expressas ou se incumbe à acusação a prova da inexistência dessas ordens, como elemento negativo de delimitação da imputação objectiva do facto criminoso à pessoa colectiva. Por um lado, podemos dizer que o arguido beneficia da presunção de inocência e que a prova em contrário a estabelecer – seja sobre factos positivos ou negativos – cabe à acusação (ou em última análise ao tribunal, na ausência de um ónus de prova propriamente dito e em face do princípio de investigação). Mas por outra banda, dir-se-á que a acusação não tem como primeira linha de preocupações conhecer esse aspecto e tantos outros, porquanto isso exigiria a prova de uma causalidade de exclusão, o que se torna incomportável, da mesma forma que não se lhe exige a prova da não verificação de toda e qualquer causa dirimente de responsabilidade penal. Assim, é normal que a pessoa colectiva arguida esteja interessada em suscitar a questão e provocar a dúvida (razoável, definitiva e motivável), na mente do julgador – bastando-lhe isso –, mas dificilmente provocará este grau de dúvida sem indicar prova ou carrear indícios.

Além disso, a exclusão de responsabilidade da pessoa colectiva em razão da existência de “ordens expressas” de sentido contrário à actuação do agente pode levantar alguns problemas de ordem prática.

Desde logo, no que concerne à *forma* que as ordens devem revestir, parecendo que nada impede que se trate de um registo oral ou escrito e, neste caso, em suporte papel ou outro⁵⁵; desde que emanada por “*quem de direito*”, o que significará por pessoa que ocupe uma “posição de liderança” relativamente ao agente concreto ou executor; que sejam “*expressas*”, pretendendo-se, por certo, afastar as ordens “*tácitas*” que decorreriam da *praxis* organizacional; além de claramente *perceptíveis* pelo destinatário⁵⁶, até porque tarefas haverá que são de índole técnica ou a demandar o conhecimento da língua em que as instruções se encontram vertidas; e, finalmente, *específicas*, o que vale por dizer que não se podem reconduzir a ordens de serviço “*genéricas*” v.g. “tolerância zero à práticas irregulares.

Por conseguinte, as ordens que não observem a caracterização referida não podem relevar para efeitos da exclusão da responsabilidade da pessoa colectiva.

Outro problema prende-se com a concentração da qualidade de órgão emissor e de órgão destinatário das ordens, isto é, quando o órgão decisor é o mesmo órgão (ou os seus titulares) a actuar criminalmente. Em tal caso, podem as ordens excluir a responsabilidade da pessoa colectiva? Constituiria uma fácil e manipulável via de impunidade. Consequentemente, importa que as ordens tenham origem diversa (órgão diverso / quadro hierárquico diverso) do agente executor do facto, no

⁵⁵ - Também nada impede a publicitação dessas ordens através de formas sincopadas (v.g. “emitimos facturas em todas as transacções” através de painéis ou ecrãs.

⁵⁶ - E não uma mera “cognoscibilidade” das ordens em contrário, no pressuposto de que a actuação é realizada no interesse colectivo.

pressuposto de que é este o autor singular de referência de imputação do facto criminoso à pessoa colectiva; a menos que se considere que o critério subjectivo de imputação se reconduza à actuação do órgão deliberativo / representativo (*top management*), mas, nesse caso, o segmento legal de “ordens em contrário” que operam a exclusão da responsabilidade da pessoa colectiva fica esvaziado de sentido, já que ele também seria o órgão competente para as emanar. Pelo que, tendo a “cláusula de exclusão” de responsabilidade inteira pertinência, fica mal resolvida – revelando-se inútil ou fonte de manipulação – na concepção cujo critério de imputação assenta no órgão⁵⁷.

Outro aspecto problemático prende-se com o facto de as ordens expressas serem ou não – ou serem só – do conhecimento da pessoa que detém a autoridade e controlo e não já ou serem só – ou também – do agente que pratica o facto concreto. Dependendo embora da construção que se pretenda fazer com o critério de imputação assente neste binómio (“agente indiferenciado” – “quadro hierárquico de vigilância”), julgo que, da mesma forma que se requer a verificação cumulativa (e diferenciada, é certo) da actuação de cada um dos termos do binómio para poder operar a responsabilização da pessoa colectiva, assim também se deve exigir a verificação do conhecimento das ordens por ambos para a causa de exclusão dessa responsabilidade se revelar operativa.

Crítérios de âmbito subjectivo da imputação objectiva: a actuação de “pessoas que ocupam uma posição de liderança”

Relativamente ao nexu subjectivo do círculo de pessoas que permite responsabilizar criminalmente a pessoa colectiva, importa partir do disposto no art. 11º nº 2 onde se refere que “*as pessoas colectivas e entidades equiparadas [...] são responsáveis pelos crimes [...] quando cometidos [...] por pessoas de liderança ou por quem aja sob a autoridade*” [daquelas] e em virtude da violação de deveres de vigilância [...]

Com este enfoque, o legislador não perfilhou um modelo de imputação jurídico-penal *autónomo* à pessoa colectiva, *tout court*, antes adoptou um modelo de imputação *derivada* – já que depende da responsabilidade penal de uma pessoa singular, agente do crime – e *cumulativa* porquanto a comunicabilidade do ilícito à entidade colectiva não exclui a responsabilidade individual⁵⁸.

Como os modelos classificatórios se revelam grelhas insatisfatórias para abranger a riqueza das soluções consagradas ou a indeterminação de variantes que a vida social proporciona, importa relativizar a catalogação feita em dois sentidos: por um lado, a imputação cumulativa mostra-se *imperfeita*, porquanto a responsabilidade da pessoa colectiva *não depende da responsabilização dos agentes individuais* (nº 7 do art. 11º); por outro lado, a imputação não é inteiramente *derivada* porque se acolheram soluções próprias de um modelo *misto* por exemplo com a inclusão do critério do “controlo e vigilância” como expressão da ideia de uma correcta organização⁵⁹.

⁵⁷ - Constituindo uma razão adicional para se adoptar, em primeira linha, como critério a actuação do executor ou autor imediato.

⁵⁸ - Poderia não ser assim art. 7º nº 4 do RGIT (15/2001, 5-6) prevê que a responsabilidade contra-ordenacional da pessoa colectiva exclui a responsabilidade individual (contra-ordenacional, pelo menos; mas cabe perguntar e a responsabilidade criminal, já que o legislado não distingue nesse ponto como faz no nº anterior)

⁵⁹ - Que, segundo K Tiedemann, é critério chave para a vida e para a responsabilidade da empresa (cfr.

O critério de imputação a que se refere a al. a) do n.º 2 do art. 11.º consubstancia-se numa responsabilidade colectiva originada na actuação concreta de “pessoas especialmente qualificadas” (*top management*) ou, na expressão legal, de pessoas com “posição de liderança”. Na concretização do que seja a “posição de liderança”, dispõe o n.º 4 do mesmo preceito que são os “órgãos”⁶⁰, “representantes” e “quem tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade” da pessoa colectiva.

Destes dispositivos ressalta a *ausência de uma hierarquia* ou um alinhamento das categorias de agentes que vinculam criminalmente a entidade colectiva e, bem assim, o modo pelo qual uma preferiria às demais ou se revelaria a categoria sucedânea quando a relevância da anterior não operasse. O mesmo se diga no confronto das categorias da al. a) com as da al. b) – ligadas pela partícula “ou” – contrariamente à posição adoptada pelo legislador noutros lugares do mesmo código (v.g. art. 113.º n.º 2 do CP) em que identifica escalões de preferência. Trata-se, por conseguinte, de uma legitimação concorrente, o que vale por dizer que qualquer das categorias de pessoas singulares ali mencionadas, enquanto agentes dos crimes do catálogo, fazem, indistintamente, desencadear a responsabilidade da entidade colectiva.

Consequentemente, fazer depender a responsabilidade da pessoa colectiva, no plano da imputação objectiva, da exclusiva actuação do órgão – que a legislação civil elege como figura de referência, porquanto exprime a vontade da entidade colectiva e actua em seu nome e por conta dela⁶¹ – constituiria, em meu juízo, uma visão redutora e contrária à menção legal. A legitimação substantiva, entre categorias de agentes, para desencadear efeitos penais na esfera jurídica do ente colectivo apresenta-se, no parâmetro legal, “horizontal” e equivalente (mesmo que com uma especial configuração nas relações internas entre as categorias da al. b)).

Por conseguinte, à falta de indicação legal e por apelo a um *pensamento analógico*, a responsabilidade criminal colectiva é decalcada nos termos em que seja reconhecida à pessoa física, numa base de responsabilidade “derivada”⁶².

E para que esta responsabilidade “derivada” funcione relativamente aos representantes, importa demonstrar, no processo, o vínculo do representante à entidade colectiva ou o título na base do qual actuou em representação⁶³ já que, se a representação legal ou estatutária não suscitará problemas especiais, a representação voluntária (pense-se v.g. quando a actuação esteja estabelecida por meio de um mandato ou avença) pode não ter virtualidade para gerar a imputação objectiva do facto à entidade colectiva, designadamente, quando o representante seja “externo” à organização e não esteja sujeito à autoridade conformadora da sua actividade (sendo certo que a al. a) não exige que esteja).

Ou será que se torna indispensável a existência de um vínculo jurídico-laboral com a entidade colectiva? Um contrato de trabalho? Ou, porventura, basta-se

op. cit, 1999, p. 45.).

⁶⁰ - Para muitos autores, a responsabilidade colectiva decorrente da actuação do órgão poderia considerar-se “imputação directa”, já que a pessoa colectiva age por intermédio dos seus órgãos.

⁶¹ - E aparentemente subjacente a várias opiniões doutrinárias – em paralelo com o regime jurídico civil –, sobretudo, quando se fazem construções sem um quadro legal de base, ora por mimetismo de linhas da dogmática estrangeira, ora para responder a alguma questão judiciária suscitada.

⁶² - Mas já seria uma responsabilidade “orgânica” se, independentemente da actuação do executor, a responsabilidade da pessoa colectiva se cingisse invariavelmente do órgão e nas categorias penais aplicáveis a este.

⁶³ - Sendo certo que o representante conserva uma “individualidade autónoma” (M Andrade).

com uma prestação de serviço (na qual a conformação da “relação laboral” não é feita pela entidade patronal e onde sobressai a obrigação de resultado e onde pode haver controlo de resultado)? E as situações de gestão de negócios, assumida por quadros da empresa, são admissíveis como via para assacar responsabilidade à pessoa colectiva?

Casos haverá em que as pessoas singulares se encontram juridicamente “distantes” da pessoa colectiva para actuarem no interesse colectivo e em nome da empresa ou, noutros casos, para agirem “sob a autoridade” ou se submeterem a vigilância ou controlo das pessoas com posição de liderança naquela. Consequentemente, não será líquido responsabilizar-se a pessoa colectiva, embora não se exclua, face às circunstâncias concretas, que tal possa suceder já que a actuação pode ocorrer em nome e no interesse colectivo, cumprindo-se, desse modo, a conexão objectiva exigível (al. a)) ou, mesmo não o sendo, como indício da representação das pessoas singulares.

Relativamente à al. b) do nº 2, é de notar que a norma recebe, até certo ponto, dimensões da concepção que baseia a responsabilidade colectiva no “défice de organização” que a mesma apresenta. Aqui o critério é essencialmente funcional: em princípio, a actuação de qualquer trabalhador pode vincular com a sua actuação a entidade patronal, desde que tenha actuado sob a sua autoridade e desde que haja uma violação dos deveres de vigilância ou de controlo que incumbem à pessoa de liderança.

Parece-me, todavia, que a alegação de facto e a prova terá de ser feita num duplo sentido: o da identificação do trabalhador indiferenciado ou do elemento do *staff* técnico ou do quadro intermédio na hierarquia organizacional ou, admitindo a valia da fungibilidade de actuações nos escalões mais baixos da organização, pelo menos, a identificação da categoria de pessoas no seio da qual se situa o agente concreto; e o da violação de deveres de vigilância e de controle por quem tem autoridade para tal.

Será complicado fazer prova da violação de um dever porquanto se requer para a prova de tal violação, a prova de uma omissão de dever (específico) e cuja resolução passará por admitir a existência de posições de garantia⁶⁴ no quadro de actividade da pessoa colectiva, por as identificar em concreto e por demonstrar que determinada posição de garante se revela causalmente adequada a evitar o resultado.

Com efeito, para além do dever geral que impende sobre os administradores, gerentes e directores em geral de obstem à prática de actos lesivos de bens jurídicos colocados sob protecção, directa ou indirecta, da entidade colectiva, estabelecem-se posições de garantia específicas de algumas dessas pessoas (ou quadros de chefia e intermédios da estrutura hierárquica) sobre outras, com vínculo ou não à pessoa colectiva, fundadas tais posições de garantia, em termos externos, no princípio da confiança comunitária do correcto desempenho da autoridade ou “relação de domínio” daquelas pessoas sobre os agentes executores e, em termos internos, na existência de um quadro funcional de conformação da actividade e capacidade operacional de supervisão e vigilância.

Em boa verdade, a cadeia de controle e vigilância, *a priori*, estende-se até ao órgão do topo da estrutura hierárquica. Só assim não sucederá se existir uma

⁶⁴ - Cfr. sobre o tema a monografia de André Lamas Leite in *As “posições de garantia” na omissão impura - em especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra edit^a, 2007, p. 266 e ss, 295 e ss, 302 e ss; e ainda P. Soares de Albergaria, “A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade da empresa” in *RPCC*, Ano 9, T. 4, 1999, ps 605-626.

expressa ou programada delegação de competências num quadro intermédio da mesma cadeia. Mas para que opere esta delegação, importa que a mesma esteja inserida numa estrutura complexa que justifique a existência da delegação, que esta não se revele “fraudulenta”, por forma a eximir os quadros superiores de responsabilidade e, ainda, que as pessoas incumbidas da delegação tenham condições de exercer, com autonomia, a autoridade conformadora e o controle sobre os actos relativamente aos quais lhe incumbe a vigilância. Só a violação de deveres de controle, nesse contexto funcional, pode sustentar a responsabilidade do próprio omitente e não apenas do executor (fonte de perigo)⁶⁵.

É certo que se pode pugnar por uma via de solução mais restritiva pela qual só seria relevante a posição de garantia do quadro intermédio ou mesmo de chefia se, à luz de um juízo de prognose póstuma, o acto não tivesse sido praticado se aquele quadro tivesse ordenado, específica e expressamente, ao seu subordinado que se abstinésse de praticá-lo; não o tendo feito e se não tivesse ocorrido a lesão do bem jurídico na hipótese de ter dado a ordem de abstenção, só assim o quadro da vigilância responderia em virtude da posição de garantia na estrutura organizacional.

Como reverso da medalha, no caso de o quadro intermédio ter dado a ordem para o executor se abster e este, não tendo acatado a ordem, ter praticado o crime, à luz da al. b) do n.º 2 do art. 11.º do CP, leva a três consequências distintas: i) responsabilidade penal do executor (a menos que, pessoalmente, possa invocar uma condição dirimente de responsabilidade); ii) não responsabilização do quadro intermédio porquanto cumpriu o seu papel de garante, não tendo violado o dever de vigilante; iii) e a pessoa colectiva beneficia de uma exclusão de responsabilidade penal em virtude de não ter havido violação do dever de vigilância por parte do seu quadro, além de o executor ter agido “contra ordens expressas de quem de direito”.

Questão fundamental e não solucionada pelo legislador consiste em saber qual o *agente concreto de referência* cuja actuação gera e sobre a qual se decalca a responsabilidade colectiva, no quadro de uma *pluralidade de actuações* de pessoas singulares, porventura, a *diferentes títulos*, em vista de situações de responsabilidades individuais concorrentes.

A inexistência de identificação precisa ou de hierarquização legal e a aparente “fungibilidade” de categorias de agentes e destes dentro de cada uma leva a que a solução passe por uma construção doutrinal e/ou jurisprudencial.

A esse propósito, evoca-se uma tese, forjada por Claus Roxin, que, de forma simplificada, se pode apelidar de “domínio da organização”⁶⁶ e que pretende erigir-se em fundamento autónomo da autoria mediata do “homem da retaguarda”. No esquema dogmático desta construção, rejeita-se, em geral, a condição de co-autor⁶⁷ ou a de instigador para a actuação do agente da retaguarda, reservando-lhe a qualidade de autor mediato.

⁶⁵ - Na linha do que assinala A Lamas Leite, op cit p. 298 e 306.

⁶⁶ - Que, embora originariamente reconduzido a “aparelhos organizados de poder” tem tido grande divulgação, mesmo entre nós – cfr. M.ª Conceição Valdágua “Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato” in *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Edit, 2003, p. 651 e ss.

⁶⁷ - Na verdade, o agente mediato, por definição, não intervém com o executor do acto no acordo que enforma uma co-autoria, nem na execução do acto, além de não se posicionar no esquema “horizontal” característico da co-autoria.

No plano da responsabilidade da pessoa colectiva, vêm também muitos autores sugerindo, como agente de referência, o *órgão* dirigente (conselho de administração ou gerência) da estrutura “piramidal” daquela, tendo em vista a imputação penal de determinado acto à mesma; tudo se passando, se contextualizado no quadro dogmático do “domínio da organização”, como se tratando da figura de retaguarda geradora de uma *vontade* identificável com a da entidade colectiva.

Esta concepção resolve, logicamente, vários dos problemas que se deparam do quadro da relação “responsabilidade singular” *versus* “responsabilidade colectiva”, mas deixa muitos outros sem solução, além de nem sempre revelar coerência intrínseca.

Antes de mais, tomar o *órgão* como “figura central” da imputação dos factos à entidade colectiva só funcionaria para as pessoas colectiva (*maxime*, sociedades) mas não para grande parte das “entidades equiparadas” (*maxime*, as associações de facto ou as irregularmente constituídas) por falta de uma estrutura pessoal e orgânica similar. Ora, estendendo o legislador o princípio de responsabilização também a estas entidades, não faria sentido que fosse adoptado um critério com validade parcial no tocante ao âmbito de determinabilidade subjectiva do instituto.

Por outro lado, a responsabilidade do *órgão* dirigente ou dos seus titulares nem sempre se reconduz à matriz de *autoria mediata*, baseada no “domínio da organização”, designadamente por falta de fungibilidade do executor; antes se configura, muitas vezes, como *co-autoria* – por exemplo, quando intervém no “acordo criminoso”, eventualmente alargado a toda a colectividade, ou participa na execução ou mesmo num quadro de autorias paralelas, por referência aos “agentes executores” da linha da frente –; ou como *instigação*⁶⁸ – quando se serve da cadeia hierárquica para determinar alguém a executar uma deliberação de conteúdo criminoso, não obstante a efectivação do acto ficar na dependência e contingência da resolução que o agente executor tomar, em particular, nos casos em que a execução requer conhecimentos especiais (v.g. alteração de bandas magnéticas de cartões; manipulação de dispositivos electrónicos, de comunicação ou sistemas informáticos; manipulação de explosivos, colheita de *órgãos*; etc.) –; ou como *cumplicidade*, quando a intervenção do *órgão* se cinge a meros conselhos, apoios ou recomendações.

Acresce que o critério de imputação baseado no “*órgão*” não se ajusta ou não resolve as situações em que a *resolução criminosa* se situa em patamar diverso do campo de actuação daquele: seja a jusante da intervenção do *órgão* (da deliberação), em particular, ao nível da resolução e actuação do autor imediato ou agente executor, em virtude de a resolução deste ser de conteúdo diferente ou, mesmo que semelhante, se revelar uma “resolução actualizada” (e, regra geral, será) e não determinada por aquela; seja a montante da deliberação colegial, através da “exigência” dos sócios (sem assento no *órgão*) ou através do condicionamento da deliberação, levado a cabo pelo *staff* técnico; seja ainda em espaço paralelo à actuação do *órgão*, quando o executor é um “representante” habilitado a agir, *per se*⁶⁹.

Ora, não responsabilizar a pessoa colectiva perante crimes cometidos por agentes do seu quadro de pessoal, pela circunstância de a resolução criminosa inexistir

⁶⁸ - Com as sabidas dificuldades que se levantam de sufragação na nossa ordem jurídica, no caso de se tratar de uma instigação em cadeia.

⁶⁹ - Em virtude de subsistir “fungibilidade” também ao nível das categorias “qualificadas” (pessoas com “posição de liderança”).

ao nível do órgão dirigente e apenas se surpreender no executor⁷⁰ parece-me que frustraria o desígnio do legislador e estaria em contra-corrente com as razões de política criminal (de promover justiça, de evitar zonas de impunidade ou perseguir “clientelas” ou beneficiários de crimes) que postularam a responsabilidade penal das entidades colectivas.

Acresce que o critério “orgânico” de imputação, quando sustentado por regras próprias da autoria mediata, na base de aparelhos organizados de poder, apoia-se numa construção que procurava esgrimir vias de responsabilização do “homem da retaguarda”, num plano de relações entre pessoas físicas; pelo que, nessa medida, não constituirá uma fonte de responsabilidade colectiva autónoma. De resto, o nosso legislador, em diversos diplomas já tem exprimido aquela ideia de “intersubjectividade” nas actuações ao ponto de, após estipular quem faz incorrer em responsabilidade contra-ordenacional a pessoa colectiva (“titulares dos órgãos, mandatários, representantes ou trabalhadores”), comina que “os titulares dos órgãos da administração [...] incorrem na sanção prevista para o *autor*, especialmente atenuada, quando, conhecendo [...]” (cfr. art. 8º nº 2 e 3 da Lei nº 50/2006, de 29-08, a Lei quadro das contra-ordenações ambientais, e, de modo muito semelhante, art. 47º nº 2 e 3 da Lei nº 18/2003, de 11-06, sobre o regime jurídico da concorrência).

Isto significa, entre o mais, que sendo admissível o autor imediato ser tomado como “agente de referência” para responsabilizar o “homem da retaguarda” ou titulares do órgão, simultaneamente, pode desencadear a imputação do facto à pessoa colectiva, assim encurtando graus na cadeia de imputação.

De resto, considerar a actuação do autor imediato ou agente executor como critério de imputação da responsabilidade penal da pessoa colectiva aporta coerência em sede de “autoria e culpa *derivadas*”, congruência com as categorias penais convocáveis (v.g. relevância da tentativa e da desistência; dolo e negligência) e correspondência da demonstração judiciária de factos e visibilidade social dos mesmos.

De outro modo, qual a razão para não se imputar um crime à pessoa colectiva se puder ser imputado a uma pessoa física, quadro daquela, que actuou em nome e no exclusivo interesse da mesma, só porque não se pôde estabelecer a actuação – “invisível” – do órgão?; pode a pessoa singular, que não beneficia do crime, responder por ele e aquela em nome e no interesse de quem foi praticado não responder?; merece a pessoa colectiva um tratamento diferenciado de sentido positivo?. Não me parece.

Em suma, o legislador com o duplo modelo de imputação adoptado nas alíneas do nº 2 do art. 11º do CP – “representantes qualificados” e “défie de organização” –, para mais com a admissibilidade de fungibilidade nas categorias de topo e nas categorias de base, adopta, em simultâneo, um parâmetro de imputação baseado no autor imediato ou agente executor e, ainda, do autor mediato através do órgão e seus titulares. Assim, torna-se até possível raciocinar em autoria mediata, na forma tentada⁷¹ – quando não chegou a ser executado o crime pelo suposto agente material – sempre que se tenha verificado uma “ordem criminosa” do órgão e uma

⁷⁰ - E em obediência a um esquema dogmático coerente mas de resolução prática que corre o risco de “afunilar” a resposta às situações reais..

⁷¹ - Para mais se se defender que a tentativa na responsabilidade “inter-individual” pode ter início antes de o autor imediato praticar qualquer acto de execução.

“subordinação voluntária⁷²” do executor”. Mas não deixará de se aferir a responsabilidade por referência à actuação do autor imediato quando esta se efectiva.

Imputação subjectiva (culpa)

Em abstracto, a matéria da culpa da pessoa colectiva costuma ser perspectivada, essencialmente, através de três concepções diferentes: a de culpa “autónoma”, assente na base de um “défice de organização”⁷³, logo “culpa de organização”; a de culpa “orgânica”, formada no seio dos órgãos da entidade colectiva; e a da culpa “derivada”, decalcada na culpa da pessoa singular que praticou (materialmente) o crime.

Julgo que o primeiro modelo comporta um grau acentuado de abstracção e um critério vago de imputação, além de onexo causal da deficiente organização dificilmente se poder conectar com o facto concreto, já que, tendencialmente, o precede, em termos lógicos e cronológicos. Facilitaria a prova. Mas mais facilmente se poderia compaginar com a negligência – dado que se estaria perante um quadro organizacional displicente – do que com o dolo que exige dimensões eminentemente pessoais, designadamente, volitivas. Não parece ter sido este o modelo pretendido pelo legislador pois que nada acrescentou nesse sentido no art. 11º e também nada mudou no art. 14º, ambos do CP.

Por seu lado, a “culpa orgânica” da entidade colectiva é genuína porque resulta da vontade formada pelos órgãos, que não se confundiria com a culpa individualizada dos agentes em concreto⁷⁴. Alguma legislação extravagante, sobretudo mais antiga, chega mesmo a falar, por vezes, em crimes cometidos pelos “órgãos”⁷⁵, parecendo prescindir da actuação do concreto agente autor imediato.

Porém, contrariamente a essa tendência, na recente revisão, o legislador veio estipular no art. 11º nº 2 do CP que as entidades colectivas respondem por *crimes cometidos [...] por “pessoas”* que ocupem posição de liderança. Logo, em face da literalidade e organização sistemática do preceito, a construção interpretativa acerca do alcance do vocábulo “pessoas” há-de reconduzir-se, sob pena de contradição nos próprios termos, a pessoas singulares. De resto, a seguir, engloba-se naquele conceito, além dos (titulares) “órgãos” e “representantes”, “quem” tiver autoridade...

Face ao art. 11º dir-se-ia que, como regra, se a imputação objectiva de um facto à pessoa colectiva se desencadeia, indistintamente – sem hierarquização ou prevalência de agentes, a partir da actuação das categorias de pessoas físicas ali mencionadas –, então, por coerência, a imputação subjectiva a estabelecer há-de decorrer por referência à da pessoa que actuou de forma criminalmente relevante e pertencente a uma das categorias que desencadeiam a imputação objectiva. À semelhança do que, sensivelmente, já se estabelece em diplomas avulsos de contra-ordenações (art. 8º nº 3 da Lei 50/2006 e art. 47º nº 3 da Lei 18/2003) e, em termos metodológicos, esta visão melhor se adequa à matriz de “pensamento analógico” que

⁷² - Sobre o conceito de “subordinação voluntária”, cfr. Mª Conceição Valdágua, op cit., pp. 663 e ss.

⁷³ - Inspirada no pensamento de K Tiedmann.

⁷⁴ - Cfr. sobre o assunto, Isabel Marques da Silva, *Responsabilidade fiscal penal cumulativa das sociedades e dos seus administradores e representantes*, UCeDit^a, 2000, p. 160 e ss.; Também Germano Marques da Silva, op cit., p. 7 e 8.

⁷⁵ - Tal como o faz, em matéria de contra-ordenações, o DL nº 433/82, de 27-10 (art. 7º).

há-de abonar, à falta de normas específicas, o procedimento da responsabilidade penal da pessoa colectiva.

Ou seja, parece aconselhável manter-se uma justaposição da responsabilidade colectiva sobre a individual, sob pena de se criarem hiatos de punibilidade injustificados e consequentemente impunidade, decorrentes dos desencontros de imputação objectiva ou subjectiva consoante a relevância (previamente) estabelecida para a conduta de uma ou de outra categoria de pessoas físicas.

A ideia da prevalência, em primeira linha, da culpa da pessoa executora do facto não resolverá todos os problemas mas estes não serão muito diferentes dos que já existem para determinar a responsabilidade (e culpa) da pessoa singular.

É que a forma dolosa da conduta poder até só se verificar no trabalhador indiferenciado ou quadro técnico intermédio e, ao nível do órgão deliberativo, a conduta ser criminalmente irrelevante ou inócua. Assim, se o conselho de administração de determinada empresa deliberar que se vai proceder a uma “redução de custos fixos” e o economista ou o contabilista procedem a alterações nas declarações ao Fisco ou em certas operações (v.g. ficcionar saída e entrada de mercadorias para baixar o IVA ou levar a uma fraude em carrossel; ou proceder a deduções à colecta no IRC com despesas não elegíveis), em termos objectivos, a conduta de abuso de confiança fiscal ou de fraude ou outra deveria, obviamente, ser imputável à pessoa colectiva⁷⁶ mas, no plano subjectivo – segundo a concepção da culpa “orgânica”, assente na vontade do órgão representativo e regularmente formada, do ponto de vista legal e estatutário –, não se poderia imputar uma culpa à pessoa colectiva e, por conseguinte, não se poderia punir esta. Parece-me que este resultado defraudaria o desígnio pretendido pelo legislador ao consagrar a responsabilidade da pessoa colectiva.

Mas se adoptarmos a perspectiva da “culpa derivada” assente, em primeira linha, na actuação e culpa de quem actua de forma criminalmente relevante, as coisas tornam-se diferentes porquanto a autoria e a culpa, socialmente reconhecidas à empresa, passam a ter correspondência com a imputação jurídica (intermediada pelo agente executor).

E se invertermos as situações por forma a que o órgão disponha de uma actuação dolosa e o trabalhador actue de forma negligente ou, porventura, com falta de consciência da ilicitude ou em erro, responsabilizar a pessoa colectiva apenas por negligência ou nem responsabilizar, colidiria menos com a consciência jurídica comunitária, atenta a responsabilidade que é possível assacar ao agente físico, do que punir aquela por um crime consumado doloso quando na conduta que realiza o resultado não há dolo; sem prejuízo de, a partir do órgão, se estabelecer, em certos casos, uma responsabilidade na base de autoria mediata, ou mesmo, um crime qualificado na forma tentada, a imputar ao órgão, a concorrer com um crime na forma simples mas consumado e com uma culpa a reconhecer ao agente singular.

Acresce que, no nosso ordenamento jurídico, não se encontra acolhida a categoria dogmática de “crime colegial” nem, tão-pouco, de “culpa colegial”; de outro modo, para se determinar esta culpa teria de se atender à regra da maioria dos elementos do órgão que votaram. Entretanto, os que votaram vencidos traduziriam um indício de

⁷⁶ - Estranho é que o não fosse!

que não se estabeleceu a culpa ou de que não aderiram a uma resolução criminosa. E, todavia, seria legítimo perguntarmo-nos como catalogar os que se abstiveram ou votaram em branco: beneficiariam de isenção de responsabilidade, qual causa dirimente específica?; e, quando adicionados os abstencionistas aos opositores da deliberação criminosa se a sua soma superar a dos que votaram a favor desta, isso seria irrelevante?; ou, ao contrário, a atitude de abstenção significaria que actuaram com dolo eventual já que representaram o facto e conformaram-se com a sua realização, decidida por maioria?. E se entre os que estiveram a favor da deliberação, houver diferenças de entendimento e adesões a pontos parcelares (v.g para uns e não para outros o modo de execução do crime envolver o resultado morte) da magna decisão ou sobre o número de crimes a levar a cabo (tráfico de pessoas, crimes sexuais, branqueamento de capitais, etc.) como se poderia “dimensionar” a *vontade colectiva*, sabendo que não há adesão à execução dos crimes (como via de superação dos hiatos no “acordo”)?

A configuração da culpa relativamente aos crimes a imputar à pessoa colectiva por força da actuação de pessoas que integram as *categorias da al. b)* do nº 2 do art. 11º do CP também não está isenta dificuldades.

Desde logo, porque o legislador configurou a prática do crime através da realização conjunta de duas actuações, a do executor material e a do vigilante, quando poderiam constituir actos autónomos, geradores de distintas imputações à responsabilidade colectiva, como sucedia na Lei nº nº 5/2006, de 23-02 (Regime jurídico das armas e munições) ao estipular no art. 95º aquela responsabilidade por crimes cometidos por titulares dos órgãos e representantes, “bem como por pessoa sob a autoridade destes, em seu nome e no interesse colectivo, *ou* quando o crime se tenha tornado possível em virtude da violação de deveres de cuidado e vigilância que lhes incumbem”, norma revista pela lei 59/2007, de 04-09, estipulando uma responsabilidade colectiva “nos termos gerais”.

Por outro lado, podemos questionarmo-nos se a culpa da pessoa colectiva não pressupõe (ou presume) uma *culpa in vigilando* das pessoas que têm autoridade de controle e vigilância, dos quadros civilísticos, afastando-se aquela sempre que estas pessoas actuassem “contra ordens”.

A verdade é que, diferentemente do que consagrava a Lei nº 52/2003, de 22-08 (Lei de combate ao terrorismo) – aludindo-se a crimes cometidos por “pessoa sob a autoridade destes [...] em virtude de uma violação *dolosa* de deveres de vigilância...”⁷⁷ –, o legislador não distinguiu a culpa de cada uma daquelas categorias, pelo que tanto executor como vigilante podem assumir uma actuação quer negligente quer dolosa. Considerando as diferentes combinações possíveis – dolo/dolo; negligência/negligência; dolo/negligência; negligência /dolo – suscitar-se-á a inerente questão de saber qual a culpa relevante a traduzir a *culpa da colectividade*. Ou será que, independentemente da culpa, nesse plano, ainda haverá que contar com a culpa do órgão dirigente, se não era o órgão vigilante? E se as pessoas que têm por incumbência a vigilância são titulares do órgão que procedeu à deliberação, com momentos psicológicos distintos no desempenho de um e de outro papel? E, de forma mais evidente, se esses titulares do órgão se manifestaram contrários à resolução? Ou se

⁷⁷ - Norma revista pela lei 59/2007, de 04-09, estipulando uma responsabilidade “nos termos gerais”, assim se aplicando o regime de responsabilidade da pessoa colectiva inserto no CP.

votaram favoravelmente a resolução e, agora, no momento da execução do crime teve uma actuação negligente?

Finalmente, o modelo de culpa “orgânica” da pessoa colectiva por decalque na vontade expressa pelo órgão representante, não funciona como categoria operativa nas associações de facto (art. 11º nº 5) e sociedades civis⁷⁸ ou sociedades irregulares. Nesses casos qual o órgão a considerar? Poderia o legislador deixar de fora quem actuasse como tal? Parece que não, com as devidas ilações.

Em conclusão, afigura-se-me que a demonstração da culpa no seio do órgão colegial não se revela operativa e redundará, certamente, em fonte ou pretexto de não responsabilização, no plano judiciário, da pessoa colectiva.

Especificidades em matéria de meios de obtenção de prova e de meios de prova

A acuidade das questões que emergem, nesta sede, resulta da especial natureza da pessoa colectiva e da maior ou menor maleabilidade do regime e instrumentos que aqui pontificam para se adequarem a tal realidade.

Desde logo, a propósito das *buscas (não) domiciliárias*, importa clarificar se a noção de domicílio da pessoa singular é transponível para a pessoa colectiva.

A questão é recorrente e sobre ela tem havido divergências doutrinárias e jurisprudenciais⁷⁹, mas ganha outra premência com a introdução da responsabilidade da pessoa colectiva a qual se erige em suspeita ou arguida, qualidade em relação à qual se suscitirão, as mais das vezes, problemas.

Julgo que os valores e interesses em jogo não são os mesmos, embora, quer num caso quer noutro, se revelem da maior relevância e importância. Com efeito, se a noção de domicílio, para efeitos penais⁸⁰, se se reconduz a “*casa habitada* ou sua dependência fechada”, como singelamente o art. 177º do CPP delimita; se aquele está intrinsecamente conotado com o centro de *projecção espacial da pessoa* e de realização de actos pertencentes à *esfera da intimidade ou vida privada do cidadão* (designadamente, actos da vida familiar, sexual, do repouso, do convívio, do espaço dos seus haveres pessoais, de organização dos actos da sua vida, etc.), então, não me parece que a matriz da inviolabilidade do domicílio “pessoal” se possa estender às instalações da pessoa colectiva (onde há trabalhadores⁸¹), atenta a diferente natureza que aqui se surpreende.

Mesmo para quem considere que a noção de domicílio se adequa à pessoa colectiva, pode perguntar-se onde fica o domicílio daquela? Na sede? E porque não nas filiais, agências, armazéns, garagens e “outras dependências fechadas” (contíguas à

⁷⁸ - Relativamente às quais não é líquido que tenham personalidade jurídica.

⁷⁹ - Cfr. as posições (divergentes) de Gomes Canotilho e Vital Moreira in *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª ed. P. 212 e ss; J. Martins da Fonseca, “O conceito de Domicílio face ao art. 34º da CRP” in *Revista do Ministério Público*, nº 45, 1991, p. 45 e ss); Ac do TC 507/94, 14-07-1994; Ac TC 364/2006, 08-06-2006 (in www.tribunalconstitucional.pt).

⁸⁰ - Naturalmente não coincidente com a noção civilística que faz corresponder a “residência habitual”.

⁸¹ - Mesmo que pratiquem actos (ocasionais) típicos da esfera da vida privada, *maxime*, da intimidade (cfr. Ac TC 364/2006).

sede)? Ou quaisquer instalações onde decorra uma actividade profissional⁸² e possa haver sigilos? À falta de indicador legal, é difícil estabelecer a fronteira⁸³.

Embora me parecesse mais adequado existir um regime legal específico, com requisitos próprios – como sucede relativamente a bancos e a estabelecimentos de saúde –, naturalmente, ajustados à natureza da pessoa colectiva.

É que não é indiferente a busca a instalações daquela ser ou não ser considerada “domiciliária”, já que tem relevância ao nível da *autoridade* que autoriza⁸⁴ – e se tiver de ser o juiz, exigirá, necessariamente, mais trâmites burocráticos⁸⁵ que podem fazer perigar a oportunidade da diligência, sem prejuízo da questão de duplo exame judiciário ou de maior garantia (conferida pela imparcialidade operativa do juiz), não obstante presidirem as mesmas regras de objectividade e análise crítica dos elementos dos autos em que se há-de fundar a autorização ou a sua recusa –; ao nível do *momento*, dia ou noite, em que se pode realizar a busca; e ao nível do tratamento de *aspectos específicos* como sejam os sigilos, profissionais ou outros, quando merecedores de tutela.

Outra questão relativa às buscas nas instalações das pessoa colectiva prende-se com a possibilidade e os termos em que pode ser prestado o *consentimento*, designadamente, quem o pode prestar e em que condições. A concretização destes aspectos passam por saber se qualquer pessoa do quadro de pessoal da entidade colectiva pode validamente dar o seu consentimento? Também os trabalhadores indiferenciados ou mesmo pessoas externas (seguranças, pessoal de limpeza, etc.)? Certamente não, porque lhes falta legitimação para tal por não terem disponibilidade sobre o lugar, tanto mais por se tratar de matéria de restrição de direitos e eventual desapossamento de objectos e documentos. Ou terá de haver autorização dos órgãos deliberativos da pessoa colectiva? Ou, independentemente de quem autorize, será necessário a assistência de defensor, por analogia com o art. 64º nº 1 al. c) (para qualquer acto processual e a busca é um acto processual)? Ora, se se concluir que as buscas sem mandado da autoridade judiciária competente exigem estes dois requisitos, então, atinge-se os mesmos resultados afirmando que não é admissível a busca consentida. Se, pelo contrário, se admitir que há lugar a consentimento para viabilizar uma busca, haverá um leque de pessoas singulares que o podem prestar, certamente segundo um critério de “responsável” da unidade produtiva, do serviço, da dependência⁸⁶, afastando-se critérios extremados na base da ideia de “qualquer pessoa”

⁸² - Numa firma de táxis, o exercício da actividade também decorre dentro do táxi; numa empresa transitória, também decorre no camião...

⁸³ - Só a sede? Ou também os polos 1, 2 e 3 da sede? E porque não as dependências fechadas anexas à sede?

⁸⁴ - Em sede do regime jurídico da concorrência, o legislador faz depender as buscas às instalações das empresas suspeitas da autorização da autoridade judiciária, criando-se na prática o entendimento de que é o Ministério Público a autoridade competente para o fazer, já que a lei não prevê explicitamente qualquer intromissão do juiz de instrução, prevendo-se que as intervenções judiciais se façam junto do Tribunal de Comércio.

⁸⁵ - Promoção do MP, análise do processo e despacho do juiz, emissão de mandados, regresso do processo via MP, até à polícia e respectivos registos de entrada e saída do processo. As vezes esse rito não se compadece com a célere circulação dos materiais v.g. droga, armas, contrabando.

⁸⁶ - O art. 18º da Lei 50/2006 chaga mesmo a obrigar os “responsáveis pelos espaços a facultar a entrada e permanência às autoridades administrativas com funções de fiscalização ou vigilância” além do livre acesso a “outros espaços”. Se é verdade que não estamos em sede penal, mas contra-ordenacional, não se

que tenha a disponibilidade do lugar nem nos cingirmos ao *top management*, mesmo que o leque de pessoas se mostre mais restrito que o círculo de pessoas que podem vincular criminalmente a pessoa colectiva.

Também em matéria de apreensões – apara que tendem as buscas – haverá que delimitar a noção de “correspondência”, já que grande parte da informação e documentação da vida de uma empresa chegará ou será remetida por essa via (catálogos de vendas, brochuras de publicidade e marketing, facturas, recibos, etc.). Ora, uma vez tomado conhecimento pela entidade colectiva, tendencialmente a coincidir com a abertura da correspondência, passaremos a ter documentos *tout court*. Ainda assim, pode questionar-se quem pode, legitimamente, tomar conhecimento do teor da correspondência para que se possa afirmar que a pessoa colectiva acedeu ao conteúdo; ora, neste pormenor, julgo que não nos podemos bastar com “qualquer pessoa” mas, além dos quadros com funções de direcção, coordenação e de controle de actividade, também se há-de admitir a legitimação assente numa base de delegação de competências, expressa ou tácita, em razão das funções exercidas ao nível dos patamares hierárquicos e estruturas horizontais em que a colectividade se organiza.

Questão diversa é a de saber se as informações ou mensagens recepcionadas no correio electrónico, dirigidas à pessoa colectiva, devem seguir o regime, em particular, a tramitação das escutas (art. 189º CPP) ou se devem seguir o regime da correspondência (um catálogo diverso; ser o juiz a primeira pessoa a conhecer o conteúdo e seleccionar em função da natureza e proporcionalidade dos interesses em presença). O legislador parece ter optado por aquela via, mesmo sendo profundamente discutível. Ora, quando a prova esteja em suporte digital e os crimes em investigação sejam crimes informáticos (danos informáticos, sabotagem, reprodução de software, etc.) cuja demonstração se faz, obviamente, com prova digital, constata-se que a investigação dos crimes não terá possibilidades de êxito porquanto tais crimes não constam do catálogo de crimes das escutas (art. 187º nº 1 do CPP).

É certo que se podem suscitar, em matéria de correspondência, questões relativas a diversos sigilos: profissional, de dados nominativos, de saúde dos trabalhadores, bancário, etc.. Mas esse nível de problemas não constituem questões específicas da correspondência mas antes da prova documental em geral e até da testemunhal.

Naturalmente, importa reconhecer que nem todos os sigilos têm a mesma dignidade ou são merecedores de igual tutela, ou, simplesmente já não estão enquadrados com a tutela que a lei atribui (como sucede v.g. com o bancário, genuinamente direccionado ao banco, atenta a relação banco-cliente e a salvaguarda do interesse privado do cidadão e não quando este conserva ou usa tais documentos).

Pode também suceder que o representante entrega voluntariamente documentos ou revela informações cobertas pelo segredo profissional. Nestes casos, não será ao tribunal ou à autoridade judiciária que cabe, em primeira linha sindicarmos se estamos perante tema de prova proibido – a menos que seja manifesto que há clara violação de direitos fundamentais (embora possamos estar perante consentimento válido

pode negar que cada vez mais este ramo do Direito se mostra mais próximo daquele, em virtude das afinidades de princípios e da necessidade de estabelecer um quadro de garantias semelhantes, além de que não deixa de ser verdade que, em qualquer dos procedimentos, aquelas diligências representam, na esfera dos visados, compressão equivalente de direitos e interesses.

em divulgar) ou se esvazie o conteúdo da defesa, tornando o processo não equitativo – já que o guardião e intérprete do segredo é o representante que, legitimado para intervir, usa o segredo quando presta declarações ou pretende esclarecer algo com a documentação entregue. À semelhança do que sucede com a pessoa singular, arguida no processo ou testemunha, que pode revelar, em liberdade e responsabilidade, aspectos da sua intimidade⁸⁷. O que pode conduzir a condenações em que foram usados conhecimentos que, em abstracto, integrariam esferas de segredo, eventual e processualmente tuteláveis.

Em matéria de *reproduções mecânicas* de imagem (fotografias / filmes), ao adoptarmos, como critério de validade, um critério de licitude penal substantiva⁸⁸ e, por conseguinte, reconduzidos ao n.º 2 do art. 199.º do CP⁸⁹ em sede do qual se tutela o direito à *imagem física*⁹⁰, então, havemos de convir que as reportagens fotográficas ou filmicas às instalações, estabelecimentos, lugares e demais estruturas da pessoa colectiva – levadas a cabo sem autorização ou sem consentimento – escapam à tipicidade do crime referido e, conseqüentemente, são passíveis de utilização no processo.

Logo, face ao estado actual das coisas, além da “imagem física”, a “imagem comercial” ou a “imagem financeira” – estas mais ajustadas à natureza e desígnios da pessoa colectiva – para merecerem uma tutela que permita precluir a produção ou a utilizabilidade de determinada prova em processo penal, é preciso que o legislador tome posição nesse sentido.

Outra questão que se pode suscitar a este nível é a possibilidade de utilização, no âmbito do processo penal, de registos de *videovigilância* em circuito fechado, feito por e nas instalações da pessoa colectiva, devidamente autorizada para tal, agora, como prova contra esta. Neste caso, não havendo problemas de validade relativamente à obtenção de tais registos – v.g. se a recolha se baseou numa apreensão dos suportes (o que significa que não se tratou de uma gravação, autorizada, feita pela polícia) ou numa entrega feita pelo representante – a sua utilizabilidade no âmbito do processo penal não estará inibida por se tratar de uma gravação feita pelo próprio lesado pela gravação, por escapar à tipicidade do art. 199.º n.º 2 al. a) e b) já que estes dispositivos exigem que as gravações tenham sido feitas por “outra pessoa” que não a vítima da gravação.

Para certa criminalidade da pessoa colectiva não parece haver razão para não se admitir a utilização de *acções encobertas*, como técnica de investigação, verificados, em concreto, os pressupostos de que depende a sua autorização.

⁸⁷ - Quando, de outro modo, esta esfera da privacidade se revela intangível, salvaguardadas excepções em situações-limite; mal se compreendendo por que é que o legislador não incluiu a matéria como fundamento para uma testemunha poder recusar a resposta, quando o pode fazer (automaticamente sem se poder sindicar razões próximas) se tem uma relação de parentesco ou afinidade com o arguido ou se a resposta possa resultar a sua responsabilização penal.

⁸⁸ - Como dispõe, peremptoriamente, o n.º 1 do art. 167.º do CPP; sem prejuízo das reproduções autorizadas nos termos da lei processual penal.

⁸⁹ - Já que o âmbito de protecção da norma do art. 192.º não se ajuste aos interesses da pessoa colectiva.

⁹⁰ - Como defende Costa Andrade, *in* Comentário Conimbricense, anotação ao art. 199.º, Coimbra Edit^a, p. 821 e ss.

A questão específica que se pode suscitar em sede de responsabilidade da pessoa colectiva, é a de saber se a acção encoberta pode ser desencadeada por terceiro – como elemento avançado – que seja trabalhador ou dos quadros intermédios ou mesmo técnicos da empresa.

Por um lado, a benefício da resposta afirmativa, dir-se-ia que se pode convocar, por paralelismo de situações, o que acontece numa investigação de tráfico de droga, porquanto não é diferente da utilização de terceiro (toxicodependente) que já convive com uma rede distribuidora e para quem, por hipótese, terá chegado a fazer “trabalhos”.

Mas, por outro lado, há-de reconhecer-se que o agente encoberto, quadro do pessoal da empresa, traz um suplemento de deslealdade (insuportável), pelo conhecimento “privilegiado” que tem, pelo acesso aos sigilos, pela liberdade de movimentos e pela confiança que granjeia, que o chega a transformar em “meio enganoso” e a contender com a ideia de processo equitativo. Ali o terceiro, toxicodependente, não deixa de ser elemento externo à organização, em que os elos de lealdade e confiança não têm, em termos realísticos, uma base sustentável e expectável; do mesmo modo que, na vida da empresa, um fornecedor, um tarefeiro, um segurança também não dispõem do mesmo capital de confiança porque as respectivas actuações não se inscrevem no âmbito da actividade da pessoa colectiva. Mas já relativamente a um trabalhador, a um quadro ou a um dirigente as coisas são diferentes.

E, pior ainda, se se admitir que, no âmbito da actuação do agente encoberto, o “terceiro”, trabalhador /quadro da empresa, pode recolher prova⁹¹. É que não faria grande diferença daquilo que se faz numa busca (para muitos, domiciliária por serem instalações ou sede da empresa) que é a apreensão⁹² de elementos que servirão de prova, resultando que a tutela de confiança se era colocada, uma vez mais, em crise.

Breves referências importa fazer sobre a aplicação do regime das *escutas telefónicas*, agora instituído.

Podem as pessoas colectivas ser escutadas? Elas não falam; mas alguém fala por elas. Logo, na qualidade de suspeitas ou arguidas, não há razão para, em tese, não serem objecto de escuta (187º nº 4 al. a) CPP).

Como se operacionaliza a escuta e quais os telefones em concreto que podem ser objecto do procedimento? É sabido que o critério não é o da titularidade do aparelho mas da utilização deste. Então, poderão ser escutados todos os elementos de um conselho de administração que usem telefones da firma suspeita? E os demais quadros da empresa e os trabalhadores indiferenciados? Apresentadas as coisas assim, dir-se-á que o âmbito subjectivo do procedimento concreto se apresentaria

⁹¹ - Posição que rejeito por duas ordens de razões: primeiro porque a Lei 101/2001, de 25-08, nada prevê sobre a recolha de prova do agente encoberto, confinando, pelo contrário, a finalidade da acção encoberta à “*descoberta* de material probatório” (não diz recolha) e o contacto com os autos é feito através de relatório elaborado pela PJ e de eventual prestação de depoimento se for indispensável para a prova; por outro lado, a “*exposição*” do agente encoberto no processo – pela via da sua transformação em meio de obtenção de prova – que faz, naturalmente, suscitar o questionar da custódia de prova e o modo da sua obtenção (o que levaria a que os arguidos da “*rede*” identificassem claramente quem se infiltrara, com sérios riscos para a integridade física do agente encoberto...). É que a função adequada do agente encoberto – no regime actual e no cômputo dos riscos – é, apenas, *informar* e, por essa via, *aproximar* a polícia dos agentes e /ou do crime.

⁹² - O que constituiria um novo suplemento de deslealdade no “meio enganoso”.

desproporcionado, a menos que cada um dos escutados também fosse pessoalmente suspeito.

Então, poder-se-ia equacionar a escuta dos telefones fixos da empresa. Mas relativamente a estes maiores serão os riscos de intrusão na vida privada de um maior universos de pessoas escutadas⁹³ circunstâncias que têm de ser ponderadas no momento da promoção e autorização judicial, o que certamente conduz a uma maior restrição na admissão das escutas, em função dos interesses em presença.

Para quem considere que os trabalhadores não representam a pessoa colectiva e não sendo individualmente suspeitos, não poderão ser escutados, em processo em que a pessoa colectiva é suspeita ou arguida. A não ser que possam ser considerados como “intermediários” que recebem ou transmitem mensagens destinadas à suspeita ou arguida. Mas a quem verdadeiramente aqueles transmitem informações é aos titulares dos órgãos representativos e/ou deliberativos (ou outros) e eles podem não ser nem arguidos nem suspeitos, mas apenas representantes, quando a lei fala na transmissão de mensagens àqueles. Ou será que, na prática, o conceito de “intermediários” terá de se reportar a pessoas exteriores à pessoa colectiva?

Parece incontornável que, havendo razões seguras para crer que aqueles recebem mensagens ou as transmitem, não podem deixar de ser considerados “intermediários” ainda que especiais, já que o conceito daqueles não se reconduz ao de terceiros ou, no que tange a pessoas colectivas, ao conceito de pessoas alheias; antes parecendo tratar-se de qualquer pessoa, mediadora de mensagens, que não seja algum dos protagonistas da comunicação suspeita (arguidos ou suspeitos e ofendido).

Entretanto, se no decurso da escuta a telefones fixos da empresa, se obtiver uma conversa comprometedor para alguém não escutado – um trabalhador, representante ou sócio – e, até essa altura, não suspeito do crime em investigação, pode aproveitar-se estas informações, a título de conhecimentos da investigação como se tratando de “comparticipação” (pessoa colectiva – pessoa física, não obstante entre estas ocorrer uma responsabilidade cumulativa). Ou, não se tratando do suspeito cuja escuta foi autorizada, mas de alguém novo que agora, no decorrer da escuta, se tornou suspeito; a ser assim, aproveitar-se-á informações relativamente a alguém que não integrava o âmbito subjectivo inicial da escuta; ou a utilizabilidade destes novos conhecimentos dependeria de as pessoas relativamente às quais ocorre esta nova informação (novo crime) serem já suspeitos ou arguidos em relação aos quais havia sido já autorizada a escuta? Seria extremamente redutor.

Também nos podemos questionar como se adequa o tema da *auto-incriminação (coerciva) do arguido* à pessoa colectiva, em face da natureza desta e da diversa índole de concretizações daquele (já que, por exemplo, não estará em causa a integridade física).

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ou privilégio da não auto-incriminação⁹⁴ constitui um corolário essencial do princípio do processo justo e do

⁹³ - Que falarão de trabalho, da vida privada e, porventura, do crime.

⁹⁴ - Cfr sobre o tema Vânia Costa Ramos, “*Corpus Juris 2000* – Imposição ao arguido de entrega de documentos para a prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in Revista do Ministério Público, 108, Out-Dez. de 2006, p. 125 e ss.

estatuto de arguido como sujeito processual, determinante na estrutura do processo penal.

Em todo o caso, contrariamente ao direito ao silêncio – ninguém pode ser forçado a testemunhar contra si nem a confessar-se culpado –, aquele princípio não tem uma consagração expressa, inequívoca ou completa no nosso sistema, embora decorra de um quadro geral de princípios e proibições de prova. Mas diversos instrumentos internacionais (v.g. o *Corpus Juris*) fazem-lhe expressa referência e o TEDH tem construído uma vasta jurisprudência, assim como, entre nós, alguns acórdãos dos tribunais superiores têm-se-lhe referido, de forma lateral ou mesmo directa (v.g. Ac TC 155/2007 - sujeição a exames).

Obviamente, reconhece-se validade geral àquele princípio, mas sem um carácter tão intenso (absoluto) como o do direito ao silêncio, admitindo-se no âmbito daquele algumas excepções.

A encimar esses desvios – cuja admissibilidade se discute ou se aceita – aparecem os casos de certas investigações de cariz administrativo ou mesmo sancionatório, em particular, contra pessoas colectivas, como se surpreende em diversas decisões do TEDH e que diplomas legais portugueses caucionam (em nome da prossecução de outros interesses relevantes), seja a lei da concorrência (que comina uma contra-ordenação para a não entrega de documentação solicitada pela entidade instrutora – cfr. arts. 18º e 43º nº 3 da Lei 18/2003), seja o art. 18º nº 2 da lei quadro de contra-ordenações ambientais, seja, em sentido idêntico, o RGIT.

A aceitação das obrigações de a pessoa colectiva arguida ou suspeita de contribuir para o esclarecimento (prova) dos factos – incriminando, dissipando ou justificando a incriminação –, regra geral, traduzidas na exibição ou entrega de certos documentos tem, essencialmente, as linhas de sustentação seguintes: por um lado, a ideia de que se trata de algo estranho à violência sobre a integridade física ou moral⁹⁵; por outro lado, a circunstância de que os documentos podiam ser obtidos por outros meios (junto de terceiros ou instituições v.g. fornecedores, contabilistas, bancos CMVM, etc.) ou com recurso aos poderes coercivos judiciais (v.g. buscas), sobretudo, se aqueles existam independentemente da vontade da arguida⁹⁶; ou ainda, quando a arguida está investida e no exercício de papéis específicos⁹⁷ – de onde decorrem direitos e deveres específicos – v.g. cidadão empresário; cidadão condutor; cidadão beneficiário de um subsídio, etc..

De todo o modo, a admissibilidade de imposições, para efeitos de utilizabilidade dos elementos ou efeitos daí decorrentes não podem deixar de ter carácter excepcional e, julgo, nem se revelar de uma intensidade tal que represente uma postergação do princípio *nemo tenetur* (já que deve manter uma validade geral) nem um esvaziamento da defesa nem ainda se revelar de prova exclusiva ou decisiva para sustentar uma condenação.

⁹⁵ - Cfr. art. 31º e 32º do *Corpus Juris*; mesmo quando o TEDH aprecia situações de colisão com a integridade física, tem usado um critério – de louvável razoabilidade e proporcionalidade – que demarca os actos (v.g. exames médicos) *intrusivos* dos *não intrusivos*, estes admissíveis em “estados de necessidade investigatórios” (v.g. recolha de saliva, pele, cabelo, urina, fezes, gota de sangue à superfície, etc).

⁹⁶ - Cf. Ac. *Saunders* do TEDH.

⁹⁷ - Cfr., no âmbito do Direito comparado, Rafael Berruezo, *Reesponsabilidad penal en la estructura de la empresa*, Tirant lo Blanch, 2007, apreciando a imputação jurídico-penal com base nos papéis sociais..

5. MEDIDAS DE COACÇÃO E DE GARANTIA PATRIMONIAL

É consensual que a natureza da pessoa colectiva não se compadece com a aplicação de medidas de coacção de índole detentiva, não lhe sendo, de todo, aplicável a de prisão preventiva, nem se compaginando com a aplicabilidade de outras medidas, designadamente, a de permanência na habitação ou de apresentações periódicas, direccionadas para as pessoas singulares.

Por sua vez, a aplicação de algumas medidas de coacção, entre as disponíveis no quadro processual penal vigente, depende, entre o mais, da moldura penal prevista para o crime em causa, como sucede com a de caução (prisão superior a 6 meses), para já nem falar das inadequadas à natureza da pessoa colectiva (v.g. de prisão preventiva cuja moldura penal teria de prever uma prisão superior a 5 anos).

Assim, podemos questionar-nos sobre a possibilidade de aplicação à pessoa colectiva da medida de caução (art. 197º do CPP) ou da suspensão de actividade e de direitos (art. 199º, na parte aplicável) ou ainda do TIR (art. 196º). É que as duas primeiras só podem ser aplicáveis quanto a crimes puníveis com pena de prisão, sendo certo que as entidades colectivas nunca podem ser condenadas em pena de prisão.

Dir-se-á que a referência à pena de prisão se cinge à moldura do crime em abstracto e não a uma concreta pena que possa vir a ser-lhe aplicável. Concordarei com esta base de solução; porém, o legislador nada disse e quando, em sede penal, precisou de o dizer, fê-lo (art. 118º, sobre a prescrição do procedimento; e art. 122º sobre a prescrição de penas); ora, também aqui, em sede de medidas de coacção, se nos deparam verdadeiras restrições de direitos e, por conseguinte, mercedor de rigor e cuidado especiais.

Acresce que as restrições do art. 199º apresentam naturais dificuldades de aplicação ou de exequibilidade – logo, de utilidade muito baixa ou mesmo irrelevante – e a caução não terá, na prática, vantagens acrescidas relativamente à caução económica.

Quanto ao termo de identidade e residência, pode admitir-se a sua aplicabilidade à pessoa colectiva por duas ordens de razões: primeiro, esta medida não depende de o crime ser ou não passível de pena de prisão; segundo, porque o TIR é aplicável a “todo aquele que for constituído arguido” (art. 196º do CPP).

Porém, a incongruência da sujeição da pessoa colectiva a tal medida reside no facto de certas obrigações decorrentes da medida não se ajustarem à natureza daquela a quem deveria ser aplicada, já que o representante não é arguido – ou, se o for, prestará um termo próprio e que o vincula a ele e não à entidade colectiva – e, por conseguinte, ainda que seja aquele a prestá-lo, tendencialmente, os dados devem ser referentes à pessoa colectiva e os efeitos também (para que se não esteja a lavar em ficção sem correspondência real quando se aplica uma medida de coacção a arguido-colectividade). Só neste pressuposto pode um TIR da pessoa colectiva manter-se válido, não obstante o representante que o prestou vir a ser substituído por outro.

Em qualquer caso, não faz sentido, nomeadamente, que se obrigue o representante legal – na medida em que representa uma limitação da vida pessoal (liberdade de circulação), desligada da representação no plano judiciário – a não mudar

de residência ou não se ausentar por mais de cinco dias sem comunicar ao processo. Ora, a adaptação desta obrigação à entidade colectiva revela-se insólita: não mudar de sede?

Já a obrigação de “comparecer perante a autoridade judiciária” do TIR não tem uma aplicação directa à pessoa colectiva, podendo apenas dirigir-se ao representante, em virtude da representação. No entanto, havendo substituição do representante, pode aquela obrigação ser aplicável a este sem que tivesse sido formalmente sujeito a ela? Uma vez que o acto tem um cariz eminentemente pessoal, só formalmente se pode afirmar que aquele está obrigado a comparecer a acto processual, podendo, então, a pessoa colectiva não estar “presente” (representada) ali, porventura, sem consequências processuais decorrentes da falta (não haver condenação em soma pecuniária ou poder o representante ser detido para comparecer em acto processual).

Em suma, embora reconheça que o TIR pode resolver diversos problemas das notificações (nº 2 do art. 196º), pelo menos quando se não trate de notificações pessoais, afigura-se-me não ser aplicável o actual modelo de TIR, a não ser com engenhosas adaptações, mas, uma vez feitas, já estamos perante coisa muito diversa dos termos daquele.

Todavia, a não prestação de TIR não constituirá nulidade pelo facto de a prestação ser obrigatória para “todo aquele que for constituído arguido” (art. 196º) e, por conseguinte, tal acto se inscrever no leque daqueles “legalmente obrigatórios” que a al. d) do nº 2 do art. 120º do CPP comina com a nulidade?

Torna-se necessária a intervenção do legislador não só no sentido de estabelecer regras nesta matéria – por forma a adaptar o TIR, estabelecendo regras que se dirijam à pessoa colectiva e outras ao representante – mas também criar medidas novas, à semelhança do que se fez no CPP francês, algumas das quais equivalentes às certas penas acessórias previstas no art. 90º - A do CP.

Claro que para a aplicação de alguma medida de coacção também se torna necessário que se verifique algum daqueles perigos referidos no art. 204º do CPP.

Ora, o perigo de fuga (al. a) daquela norma) não é invocável pela natureza das coisas, a não ser que se pense em “deslocalização” da pessoa colectiva, relativamente à infra-estrutura ou à sede. Por sua vez, o perigo de continuação da actividade criminosa ou de perturbação da ordem e tranquilidade públicas enquanto funcionalizadas à personalidade do arguido, obviamente, não tem aqui aplicação, a menos que se tomasse a ideia de défice de organização ou tendência para o crime como uma “culpa na personalidade” do ente colectivo⁹⁸. Também aqui importaria que o legislador tomasse posição, adoptando soluções adaptadas ou mesmo vias sucedâneas.

Levanta-se ainda a questão de saber se os critérios de proporcionalidade e adequação das medidas devem ser os mesmos. Diria que os critérios naturalmente sim, mas os quadros de referência é que poderão ser outros (v.g. previsibilidade de lucro ou prejuízo evitável e sua quantificação; capacidade lesiva do ente colectivo; volatilidade ou opacidade da actuação) porque não se colocam problemas de privação da liberdade e as exigências cautelares processuais são, regra geral, de índole diversa.

⁹⁸ - Que necessariamente teria de se concretizar ou actualizar no facto concreto em apreço.

Já as medidas de garantia patrimonial não parecem suscitar a mesma ordem de problemas, por um lado, porque não estão funcionalizadas à natureza ou moldura da pena aplicável; por outro, porque são compatíveis com a natureza da pessoa colectiva; finalmente, estas medidas assentam num carácter cautelar final, logo, já que se prende com a salvaguarda do cumprimento da pena que eventualmente venha a ser aplicada.

7. MUTAÇÕES DA PESSOA COLECTIVA E RESPONSABILIDADE PENAL DE (QUAL) SUJEITO PROCESSUAL (CONSTITUIÇÃO; MODIFICAÇÕES; EXTINÇÃO)

A primeira questão que importa equacionar é a de saber qual o *início* da imputabilidade penal da pessoa colectiva: só depois da sua constituição formal ou já durante a fase de constituição?

À falta de indicação legal expressa sobre o assunto e sem prejuízo de se poderem convocar regras gerais do Direito Civil e Comercial, parece-me que o facto de o legislador penal incluir, a par das pessoas colectivas, as “entidades equiparadas” criminalmente responsáveis e identificando nesta categoria as “sociedades civis e as associações de facto”, por certo resolverá a generalidade de situações em que a prática do crime ocorra em momento anterior à respectiva constituição formal, nomeadamente, como associação de facto; sem prejuízo dos naturais problemas de imputação emergentes do facto de não existir ainda uma estrutura organizada com órgãos representativos, de delegação de poderes e controle de actividades. Mesmo o facto de o padrão de actividade não estar ainda em execução, tal não impede a prossecução de interesse colectivo, de facto ou em vias de definição institucional e legal, nem preclui a prática de alguns crimes a coberto de actividades desse ente colectivo.

Da mesma forma que, não dispondo ainda de personalidade jurídica ou não chegando nunca a tê-la, caberá ao património comum responder pelas multas em que a entidade colectiva venha a ser condenada e, na falta daquele ou na sua insuficiência, responde, solidariamente, o património de cada um dos associados (cfr. nº 11 do art. 11º do CP).

Também relativamente à *extinção* da pessoa colectiva⁹⁹, é de considerar o disposto no art. 127º nº 2 do CP quando dispõe que “no caso de extinção da pessoa colectiva ou entidade equiparada, o respectivo património responde pelas multas e indemnizações em que aquela for condenada”.

O que parece significar que com a extinção do ente colectivo nem por isso a responsabilidade penal cessa automaticamente. O que se compreende em virtude de, se tal acontecesse, prestar-se a manipulações injustificadas, através de extinções fraudulentas para as entidades se eximirem à sua responsabilidade.

Ora, a dissolução é uma via de extinção das sociedades e a insolvência¹⁰⁰ é um dos fundamentos da dissolução (arts.1007 e ss CC e 141º e ss do CodSocCom). Neste caso, caberá também ao património existente¹⁰¹ responder pelas multas em que a sociedade (ou entidade equiparada) seja condenada.

⁹⁹ - Por equivalência à morte da pessoa física.

¹⁰⁰ - Sobre as implicações que a insolvência gera, também no plano penal, cfr. Jorge Reis Bravo, op. cit. P. 91 e ss.

¹⁰¹ - Ou “massa falida”, se for o caso, uma vez decretada a insolvência.

O desenvolvimento do caso judiciário, quer após a extinção da entidade colectiva quer antes da sua constituição, suscita naturais problemas de representação que se hão-de resolver através das injunções legais aplicáveis (v.g. regras do Procº civil ou, em matéria de insolvência, as relativas ao administrador da insolvência – art. 81º do CIRE).

Acresce que as mudanças em vida – *fusão e cisão* – não estão isentas de dificuldades.

A primeira dessas dificuldades prende-se com a proibição constitucional da insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade penal (art. 30º do CRP). Sempre se pode dizer que aquelas mutações por que passam os entes colectivos não deixam de configurar ficções jurídicas tendo em vista a ordenação e disciplina da vida social e salvaguarda dos direitos e interesses em presença. De resto, a autonomia do novo ente não é absoluta, pelo contrário conserva substrato do denominado ente anterior (que se fundiu ou se cindiu). Acresce que os demais entes que se fundiram com o responsável criminal ou aqueles em que este se decompôs assumiram voluntariamente essa responsabilidade (já que é de supor que estavam cientes de tal circunstância). Logo, fenomenicamente, a mudança de responsável traduz-se, antes de mais e acima de tudo, numa transferência nominativa que acompanha o substrato material e pessoal e não tanto numa transmissão *tout court* da responsabilidade penal.

No caso de *fusão* , responde a entidade em que aquela se tiver efectivado (nº 8 al *a*) do art. 11º). Tratando a “nova” entidade, essencialmente, de dar continuidade à existência da entidade incorporada, no âmbito da incorporante, ainda que em termos diversos, o que pode continuar a ser objecto de discussão é o facto de se saber se a fusão ou cisão implica uma dissolução sem liquidação ou se a perda de personalidade jurídica com a incorporação ocorre sem dissolução nem liquidação¹⁰².

De resto, já o Ac do STJ de fixação de jurisprudência nº 5/2004, de 2-6-2004, cristalizava o entendimento segundo o qual a extinção por fusão [...] não faz extinguir o procedimento criminal. Também o Ac do TC 153/2004 considerou não inconstitucional a norma do art. 112º al. a), do CodSocCom, ali se afirmando que a extinção por fusão (inscrita no registo comercial) não impede que a responsabilidade contra-ordenacional da sociedade incorporada se transmita à incorporante.

O mesmo quadro de considerações pode valer para os casos de cisão. Neste pormenor, reza a al. *b*) do nº 8 do art. 11º do CP que serão responsáveis “as entidades colectivas ou entidades equiparadas que resultarem da cisão”.

Na concepção desta norma parece depreender-se a admissibilidade de uma responsabilidade concorrente e solidária e, em qualquer dos casos, voluntária. Mas a regra visa acautelar formas de manipulação da responsabilidade penal. Ainda assim, é discutível a solução legal na sua aplicabilidade a entidades equiparadas, já que as sociedades civis não conhecem essas formas de modificação e, relativamente a associações de facto, só num plano de facto e por analogia se pode aludir a cisão em outras associações.

De todo o modo, emergem da *cisão* naturais consequências em matéria da representação, designadamente, porque o anterior representante, em princípio, não

¹⁰² - Posições doutrinárias que se enunciam no Ac. do TC 161/2004.

continuará a ser o da estrutura cindida; o normal é que possa haver mais que um representante, de acordo com as entidades colectivas resultantes da cisão, com as dificuldades próprias de uma representação plural já enunciadas supra.

Sobre a *transformação* o legislador penal nada estipulou. É verdade que, normalmente, dali não decorrerão dificuldades porquanto a transformação de uma sociedade noutra tipo enumerado no art. 1º nº 2 do CoScCom – por quotas, em nome colectivo, anónima e em comandita – não importa a dissolução; mas pode suceder que os sócios deliberem no sentido da dissolução (art. 130º nº 3), podendo, nesta situação, colocar-se os problemas daí decorrentes¹⁰³; de resto, a sociedade formada por transformação sucede automática e globalmente à sociedade anterior (nº 6 do art. 130º).

Naturalmente, a *medida concreta da pena* a aplicar em caso, de fusão ou em caso de cisão, não será necessariamente a mesma, como se não se tivessem operado mudanças, já que se deve atender às novas condições económico-finaceiras das arguidas.

Também em matéria de *execução da penas* algumas dificuldades se vão deparar, sobretudo, no que se refere às penas acessórias. É que não se prevê regulamentação específica quanto a essa matéria, parecendo manifestamente insuficiente o disposto no art. 499º do CP. É que, atentas as penas previstas para a pessoa colectiva, haverá necessidade de procedimentos próprios e, porventura, com apelo a colaborações da Administração, sob controle do tribunal, na concretização da execução da pena.

Também a pena de dissolução (pena principal) demandaria um procedimento próprio, porventura similar ao do processo de liquidação¹⁰⁴ (cfr. art. 146º e ss Cod Sc Com e 1122 e ss CPC) ainda que com regras próprias, designadamente, em matéria de competência do tribunal para o efeito.

A finalizar, sublinho a dúvida de fundo

se terá ou não o Estado capacidade de impor a lei que, naturalmente, postula um equilíbrio entre a liberdade e a segurança. É utópico pensar num controlo cerrado da criminalidade; mas também não é admissível que se permitam vastas franjas de impunidade, sobretudo, onde a razão ética impera.

No fim da linha, do calvário processual, pode a questão da responsabilidade penal da pessoa colectiva não ir além do cais de um Direito Processual Penal “simbólico”...

Lx, 27/09/2007

Carlos Adérito Teixeira

¹⁰³ - Podendo até questionar-se se por se ter transformado noutra de outro tipo, com dissolução da anterior, não significará, para o Direito Penal, uma “nova” sociedade, logo não responsabilizável.

¹⁰⁴ - Veja-se sobre esta problemática J. Reis Bravo, op cit, p. 94 e ss.