

DE NOVO A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS PESSOAS COLECTIVAS¹

JOÃO DA COSTA ANDRADE
Docente do ISCPSI e Advogado

Resumo:

No estudo que se apresenta analisam-se algumas das matérias pertinentes ao problema da responsabilidade criminal das pessoas colectivas. Em concreto, identificam-se as dificuldades dogmáticas a superar, bem como as implicações político-criminais que o contextualizam.

São ainda elencadas quer as correntes doutrinárias que têm admitido a imputação daquela responsabilidade a entes colectivos, bem como as que a tal se opõem. No final do estudo apresentam-se algumas pistas susceptíveis de iluminar o trajecto a trilhar e conducente à responsabilização criminal das pessoas colectivas, que terá sempre de pressupor uma imputação justa, legal e efectiva.

Abstract:

In this text a number of problems related to corporate criminal liability and the specific difficulties that can occur as well as the criminal/political implications thereof will be analyzed.

1 O presente estudo foi elaborado sob a orientação do Professor Doutor José de Faria Costa, no âmbito do curso de Pós-Graduação de Direito Penal Económico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no ano de 2003.

Sources, both in favour of and in opposition to the argument will be quoted and, by the end of the analysis, evidence will be provided to shed light on the reasons for my belief that corporate criminal liability should be put into effect.

I – Introdução. O problema do estudo, o estudo do problema

As pessoas colectivas são hoje, na prática jurídico-criminal, penalmente punidas².

Afirmção que, *de per si*, desvenda já parte do caminho que neste estudo se trilhará, urgindo, no entanto, compreender a possibilidade de determinar o *se* e o *como* de tal punição. Conjugando estas duas primeiras afirmações surge clara a interrogação: na prática, parece já não existir forte resistência jurisdicional³, bem

2 “Em definitivo: o problema da responsabilidade penal das pessoas colectivas é, hoje, um dado para o pensamento penal dos nossos dias”. José de Faria Costa, *Direito Penal Económico*, Quarteto, 2003, págs. 48 e 49.

3 A título exemplificativo, atente-se no Acórdão da Relação de Lisboa, de 14 de Junho de 1995: “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas, que é possível, não pode fundar-se exclusivamente no artigo 11.º do Código Penal, devendo para o efeito existir disposição diversa”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 448, pág. 424; e no Acórdão de 14 de Janeiro de 1987: “As pessoas colectivas podem ser criminalmente responsabilizadas nos crimes contra a economia, nos termos do Decreto-Lei n.º 28/84, embora, como é óbvio, não possam ser sujeitas à pena de prisão”, in *Colecânea de Jurisprudência*, 1987, n.º1, pág.151. No mesmo sentido, os Acórdãos da Relação de Coimbra de 5 de Abril de 2000 e da Relação do Porto de 21 de Dezembro de 1988. Também o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 15 de Março de 1989, entende que “é indiscutível a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas no domínio das infracções contra a economia nacional...”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 385, pág. 337. Finalmente, e importantíssimo nesta

como legislativa – de que o artigo 11.º do Código Penal acaba por ser exemplo paradigmático – à tese da possibilidade de sancionar criminalmente a actuação das pessoas colectivas. No entanto, será ou estará já tal punição dogmático-doutrinalmente alicerçada de forma correcta e em concordância com o Direito Penal vigente?⁴

O problema objecto do nosso estudo é precisamente a punibilidade criminal das pessoas colectivas, problema que irá ser abordado à luz de duas considerações fundamentais que iremos ter sempre presentes. Por um lado, “no domínio das ciências criminais - atento o relevo e a gravidade actuais do problema criminal -, o tempo presente é, por excelência, o tempo da Política Criminal. É das suas proposições ou mandamentos fundamentais, encontrados no campo de projecção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social, que será lícito esperar um auxílio decisivo no domínio desse flagelo das sociedades

matéria, atente-se no Acórdão do Tribunal Constitucional de 20 de Abril de 1995, que não julga inconstitucionais as normas que responsabilizam criminalmente as pessoas colectivas em matéria de infracções anti-económicas e contra a saúde pública. “O artigo 2.º da Constituição, na medida em que comete ao Estado o respeito e a garantia de efectivação dos direitos fundamentais e o projecto de realizar a democracia económica, é verdadeiro parâmetro de conformidade com a Lei Fundamental da responsabilidade penal das pessoas colectivas. A responsabilização penal das pessoas colectivas não viola o princípio contido no artigo 2.º da Constituição, uma vez que a protecção da confiança é um valor fundamental da vida económica e que a perseguição da maior parte das infracções ao direito económico passa pela necessidade de punir penalmente, ao lado das pessoas individuais que agem como seus órgãos ou representantes, a própria pessoa colectiva”, in *www.dgsi.pt*.

- 4 Como perceber, por exemplo, a atitude legislativa plasmada no recentíssimo Código do Trabalho, artigo 607.º, que estatui “As pessoas colectivas respondem pela prática dos crimes previstos no presente Código”, quando nada mais se especifica?

actuais (...) que é o problema do crime”⁵. Por outro lado, e até consequentemente, acompanhar-nos-á de perto a constatação de que a problemática em análise está umbilicalmente ligada ao chamado Direito Penal Económico. Hodiernamente tem-se assistido à contextualização de novos problemas em domínios que não o do direito penal clássico ou de justiça, emergindo com especial força o Direito Penal Económico, domínio localizado e específico do direito penal e ao qual, naturalmente, vai beber grande parte da sua fundamentação e inspiração. Acontece que, novos problemas, fruto de uma sociedade em constante mutação, exigem novas respostas, aqui se devendo centrar o problema da responsabilização criminal das pessoas colectivas. Afirmção reforçada pelo facto de a vertiginosa velocidade de profundas, dinâmicas e instáveis alterações sentidas no plano social, ser em certa medida acompanhada pela voracidade do direito penal económico - que, por sua vez, tenta acompanhar a não menos célere evolução e capacidade de adaptação da criminalidade económica - cuja violência assume níveis inusitados⁶. Como se verá, e citando Faria Costa, “o direito (...), em uma percepção sociológica, actua sempre como resposta a solicitações problemáticas – isto é, de conflito – que o real verdadeiro ininterruptamente lhe põe. Actua, por conseguinte, sempre em um momento posterior ao problema”⁷, sendo certo que, *i sistemi giuridici sono lo specchio che riflette – presto o tardi – il*

5 Jorge de Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, Lisboa, 1983, págs. 5 e 6.

6 Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, *Problemática Geral das Infracções Contra a Economia Nacional* (separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 262), Lisboa, 1977, pág. 9.

7 José de Faria Costa, *O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, pág. 537.

*sottostante sistema economico-sociale*⁸. Não há hoje dúvidas em considerar o Direito Penal Económico uma disciplina autónoma, pois encontramos no seu seio uma historicidade e linha evolutória próprias, metodologia peculiar, objecto diferenciado, específicas regras e princípios⁹. Também os bens jurídicos que sob a sua capa são tutelados¹⁰, bem como a tendência para a indeterminação dos agentes das infracções anti-económicas e suas vítimas¹¹ assumem particularidades relevantes. Como se perceberá, todas estas especificidades quanto à nova colocação dos problemas penais, demandam novas narrativas, uma nova e específica dogmática e doutrina geral da infracção anti-económica. Quanto ao problema que nos ocupa, note-se que não é necessário grande esforço imaginativo para constatar que os grandes ataques a certos bens jurídicos se perpetuam, irredutivelmente, através das grandes empresas, nacionais ou multinacionais^{12 13}. O Direito Penal Económico surge,

8 Giorgio Marinucci, “*Societas Puniri Potest*”: *Uno Sguardo Sui Fenomeni e Sulle Discipline Contemporanee*, Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale, 2002, pág. 1199.

9 Para maior desenvolvimento destes pontos, veja-se José de Faria Costa, *ob. cit.*, [2].

10 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [2], págs. 38 a 45 e 61 a 69. Sobre a natureza, surgimento e razão de ser dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Económico, ver Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, *ob. cit.*, [6]. Quanto à perspectiva histórica e comparatística entre modelo socialista e modelo capitalista, ver especialmente págs. 13 a 26.

11 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [2], págs. 52 a 58.

12 “Infelizmente os exemplos de verdadeiras tragédias ou catástrofes ambientais não são fruto de comportamentos individuais mas antes resultados de verdadeiras e autónomas estruturas económicas com um potencial de capital verdadeiramente avassalador, quando não do próprio Estado (Chernobyl)”. José de Faria Costa, *ob. cit.*, [2], pág. 37. Quanto a este aspecto, ver Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, *ob. cit.*, [6], págs. 5 e 6.

13 Também neste sentido, “e se il giurista europeo si stringesse nelle spalle, affermando che le cose nei Paesi del vecchio continente non vanno poi

desta forma, como meio de fazer face à delinquência económica, havendo que notar que “as suas conaturais exigências de justiça e eficácia levantam graves problemas, tanto no plano prático como no plano teórico”^{14 15}.

Posto isto, face ao problema que nos ocupa, pensamos serem três os caminhos trilháveis. Ou se entende que as pessoas colectivas não podem delinquir em termos jurídico-penalmente relevantes - “*societas delinquere non potest*”. Ou, contrariamente, aceita-se que as pessoas colectivas podem delinquir, aceitando-se inclusive a urgência político-criminal da sua punição, constatando-se, no entanto, não ser possível persegui-las com o arsenal criminal - “*societas punire non potest*”. Finalmente, pode ainda sustentar-se o entendimento segundo o qual as pessoas colectivas podem delinquir, sendo dogmática e político-criminalmente defensável a sua punição.

Noutros termos, ou se aceita a pertinência desta última proposição, mesmo no actual estágio de desenvolvimento dogmático que a problemática já alcançou, e, neste caso, entende-se que a

così male come negli Stati Uniti, gli si dovrebbe gridare (come gridò, ad altro proposito, un grande del passato): *De te fabula narratur!* L'Arthur Andersen è infatti una delle cinque grandi società di revisione che operano su scala mondiale certificando e, ad un tempo, fornendo consulenze alle più grandi società *europee ed extraeuropee*: quei tremendi rapporti incestuosi non sono un privilegio degli Stati Uniti. (...) Non solo gli Stati Uniti ma è il mondo intero ad essere infatti coinvolto dai fenomeni patologici che reclamano la responsabilità penale degli enti commerciali”, Giorgio Marinucci, *ob. cit.*, [8], pág. 1196.

- 14 Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, *ob. cit.*, [6], pág. 7.
- 15 Também refere Lopes Rocha que, *é um facto que tal responsabilidade* (penal das pessoas colectivas) *tem sido melhor aceite no direito económico ou no direito dos negócios*. Lopes Rocha, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas, – novas perspectivas –*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra, 1998, pág. 431.

punição criminal das pessoas colectivas é, no contexto hodierno em que a questão se coloca, o caminho certo a seguir, ou, pelo contrário, conclui-se não ser possível compatibilizar, de um lado, a correcta compreensão e adaptação da teoria geral da doutrina do crime, que, indubitavelmente, se encontra ainda intimamente conexcionada ou quase exclusivamente vocacionada para o Homem enquanto sujeito singular, e, do outro lado, a punição das pessoas colectivas. Este é o problema do nosso estudo¹⁶.

Decerto não é ainda o momento adequado para tomar posição neste intrincado enigma, mas adiante-se desde já que a correcta compreensão do problema em causa pressupõe uma série de múltiplas e complexas considerações. Neste estudo, muitas dessas considerações não poderão ser analisadas de acordo com a inegável importância que merecem e reflectem para a compreensão do problema pressuposto. São os casos, a título meramente exemplificativo, do estudo da questão em sede de direito comparado¹⁷, o problema metodológico que contextualiza a temática, o condicionalismo sócio-cultural e económico em que ela se insere. A própria função e legitimidade de intervenção do direito penal

16 Como facilmente se perceberá, o tema da responsabilidade penal das pessoas colectivas é “vasto, cheio de ciladas e difícil de dominar, designadamente por causa das diferentes concepções existentes a seu respeito”. Raymond Screvens *apud* Lopes Rocha, *ob. cit.*, [15], pág. 431.

17 Ver desenvolvimento deste ponto em Lopes Rocha, *ob. cit.*, [15], págs. 433 e ss. e 486 e ss.; ver ainda João Castro e Sousa, *As Pessoas Colectivas em face do Direito Criminal e do Chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, Coimbra, 1985, págs. 41 a 82 e 206 a 211. Gustavo Eduardo Aboso/Sandro Fabio Abraldes, desenvolvem a temática numa perspectiva latino-americana, dedicando ainda várias páginas à análise dos sistemas francês (o novo Código Penal de 1994) e anglo-saxónico, in *Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 2000. Finalmente, Silvina Bacigalupo, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Bosch, 1998, págs. 313 a 352.

poderia também ser avocada – pense-se no princípio da subsidiariedade do direito penal –, bem como a questão das fronteiras que apartam o direito penal comum e o direito penal secundário. Por fim, as teorias dos fins das penas e o problema de saber quais as penas aplicáveis a um ente colectivo, poderiam também merecer reflexão autónoma. Feito o alerta, resta afirmar que todas estas considerações e suas implicações prático-teóricas estarão necessariamente arredadas – mas nem por isso desconsideradas – da nossa abordagem.

Posto isto, adiantaremos que a nossa atenção abordará inevitavelmente o estudo da evolução histórica do problema, passando pela análise da questão cível, inseparável e importantíssima em toda esta problemática. Indispensável à correcta compreensão do problema é ainda o estudo das exigências político-criminais apontadas à responsabilização criminal das pessoas colectivas, e ainda, claro está, a análise das soluções já avançadas. Finalmente, analisaremos fundadamente tais soluções, sendo certo, porém, que face à natural e compreensível irreverência que um trabalho realizado na imatura idade técnico-jurídica de final de curso, e por isso, altamente descomplexado, tal análise possa vir resultar num simples passo vão. Consideração que não nos deterá e abrirá ela própria as portas para um “entrar em cena” de algumas considerações pessoais sobre o problema. O trabalho finda com pistas de desenvolvimento dogmático possíveis para uma correcta compreensão do problema.

II – Evolução histórica. “Sem história do direito penal não pode haver uma ciência jurídico-penal de pleno valor.”¹⁸

a) Introdução

Assume importância inegável a análise histórica da evolução do problema da punição criminal das pessoas colectivas, inserida na evolução do próprio Direito, *maxime*, do Direito Penal¹⁹. Desta forma, a elucidação daquela problemática surgirá facilitada se, como relativamente a qualquer instituto do Direito, nos debruçarmos sobre as várias teorias erigidas. Assim, se se defende hoje a necessidade de punir activamente a actuação de um ente colectivo recorrendo às medidas penais, não é certo que daqui a meio século ou no próximo século o problema se ponha, sendo tal punição uma realidade incontestada. Mas também pode acontecer que se retorne ao cepticismo insito na máxima *societas delinquere non potest*. Noutro prisma, terá aqui toda a pertinência o chamamento da verdade “ubi hommo, ibi societas, ubi societas, ibi ius”. Ali, onde está a sociedade, estará o direito, e em muitos casos, como veremos, com o seu “extraordinário poder conformador”²⁰. O Direito desde sempre tem acompanhado a própria evolução socie-

18 Wüsterberg, *apud* Taipa de Carvalho, *Condicionalidade sócio-cultural do Direito Penal. Análise Histórica. Sentido e Limites*, Coimbra, 1985, pág. 12.

19 “... Depois há também que recorrer, naturalmente, à história geral e do direito e em especial à história do direito criminal – cujo quadro evolutivo importa necessariamente estabelecer, para correcta compreensão do direito vigente”. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, Almedina, 1997, pág. 9.

20 “O bem comum da sociedade a que se dirige, como ao seu fim, o Direito ou a justiça, não é imutável; a sociedade transforma-se ou evolui no tempo e é, por isso, historicamente condicionada”. Cavaleiro Ferreira, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Vol. I, Editorial VERBO, 1992, pág. 18.

tária, pelo que, se por um lado, não são sempre os mesmos valores e princípios por ele postulados, por outro, não se compreenderão correctamente as soluções hoje alcançáveis, se não se pressupuser essa dinâmica^{21 22}.

Inicialmente podemos destringir duas grandes fases evolutivas na temática em análise. Antes do século XVIII, verifica-se uma tendência e permeabilidade à admissão da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, invertendo-se posteriormente tal tendência, sustentando-se e reelevando-se o brocado latino *societas delinquere non potest* a máxima apodíctica. O marco histórico fronteiro destas duas perspectivas é identificável com a Revolução Francesa que, sob a bandeira do liberalismo, postula a libertação do indivíduo de todas as amarras que possam atentar contra a sua liberdade individual, *maxime*, preconizando a extinção das corporações. Assim, começava a surgir nítido no horizonte da problemática o enfraquecimento do poderio que as pessoas colectivas haviam obtido durante a Idade Média, bem como, ainda

21 De facto, “o sistema jurídico actual não se compreende inteiramente sem atentar nas suas origens, nas alterações ou modificações materiais, económicas ou culturais da sociedade”. Cavaleiro Ferreira, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, Vol. I, Editorial VERBO, 1992, pág. 18.

22 Para “fechar” a temática, mais não nos resta senão subscrever a afirmação de Taipa de Carvalho, segundo o qual, “a compreensão do papel que o direito penal é chamado a desempenhar nas hodiernas sociedades democráticas não pode prescindir, também, da *história* da evolução das instituições jurídico-criminais, história que só cobrará sentido útil, para o presente e para o futuro, na medida em que for inserida na dinâmica do respectivo *contexto sócio-cultural*. (...) a evolução das instituições jurídico-penais demonstrar-nos-á, por exemplo, a condicionalidade histórico-cultural de toda a política criminal”, *in ob. cit.*, [18], pág. 12. Ponto este que, como teremos oportunidade de a seu tempo analisar, assume importância basilar.

que num horizonte mais longínquo, a teoria da ficção, contrária à responsabilização das pessoas colectivas.

b) Direito Romano

A punição criminal das pessoas colectivas no direito romano regeu-se sob a égide da célebre máxima latina “*societas delinquere non potest*”, em virtude da noção de personalidade colectiva ser desconhecida por pressupor um grau de abstracção não compatível com o carácter positivo e prático característico do direito romano²³.

A vontade e uma certa personalidade colectiva concebida de modo muito próprio reconhecidas ao *populus romanus*, às sociedades de publicanos, aos *collegia* de religiosos, *municipia* e, em geral, a todas as *universitates*, mais não traduziam que uma simples criação do direito que, ficcionando, imputava à colectividade os actos da maioria dos membros que a formam. Assim, surge claro o reconhecimento da incapacidade de acção dos entes colectivos²⁴, embora se possa afirmar existirem casos de responsabilização criminal daqueles entes, que se tornaram afinal no “embrião do desenvolvimento que tal responsabilidade veio a conhecer na Idade Média, sobre a égide do direito canónico”²⁵. Embrionariamente, é certo, afirmava-se já, *si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent*. Nestes termos, ainda que desconhecendo por inteiro a noção de personalidade colectiva, podemos concluir com Silvina Bacigalupo que *si bien no es posible afirmar que se reconoceria*

23 Nesse sentido, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, tomo III, Almedina, 2001, pág. 51.

24 Parágrafo 5º dos *Fragmenta XII*, de Ulpiano.

25 João Castro e Sousa, *ob. cit.*, [17], pág. 27.

ya en esta época la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues dicho concepto era aún desconocido, hay que destacar que contra los municipios, la corporación más importante en aquellos tiempos, podía - según ULPiano - ser ejercida la actio de dolo malo y, si resultaba culpable, éstos debían responder. (...) Las fuentes del Derecho romano no sólo muestran la existencia de la responsabilidad delictiva de una corporación, sino también las raíces de la diferenciación entre la responsabilidad colectiva y la individual^{26 27 28}.

26 Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 44.

27 Também Gustavo Eduardo Aboso/Sandro Fabio Abraldes referem que “nótese, como exemplo, que ya en la antigua Grecia, al referirse a la *phatriae*, o en el próprio derecho romano antiguo, respecto de la *gens*, se aludía a un tipo de responsabilidad penal de índole colectiva, no ya individual, lo que sin duda constituyó un primer paso para arribar a un cambio de concepción tendiente a reconocer un factor de atribución de corte netamente criminal a una corporación, distinta a la eventual culpabilidad penal de sus miembros”, in Gustavo Eduardo Aboso/Sandro Fabio Abraldes, *ob. cit.*, [17], pág. 3.

28 Quanto ao Direito Canónico, refira-se que, mesmo apontando o entendimento de Sinibaldo de Fieschi, mais tarde Papa sob o nome de Inocêncio IV, para a impossibilidade das pessoas colectivas delinquirem – *impossibile est, quod universitas delinquat* (posição expressa no Concílio de Lyon de 1245) –, uma vez que tais entidades eram unicamente apreendidas como algo de incorpóreo, abstracto, mera ficção (*cum collegium in causa universitatis fingatur una persona*) ou simples *nomen iuris*, não podendo, por isso, querer e agir – logo, agir criminalmente –, a verdade é que a tendência desta época é marcada pela admissibilidade da responsabilidade criminal das pessoas colectivas: *universitas et ecclesia delinquere possunt*. A este adágio latino subjazem duas importantes considerações: por um lado, *el punto de partida de los canonistas era la Iglesia, cuyos derechos no pertenecían a la totalidad de sus fieles, sino a Dios* (Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 47. Ver ainda, nesse mesmo sentido, João Castro e Sousa, *ob. cit.*, [17], pág. 28.), por outro, a necessidade de travar o poderio que certas entidades religiosas inevitavelmente detinham. Sem basearem tal responsabilização em grandes

c) Os Glosadores e os Postglosadores

Os glosadores admitiam a possibilidade de as pessoas colectivas serem sujeitos activos de infracções criminais. O estudo do *Corpus Iuris Civilis* de forma puramente exegética, literal e sem método científico, propiciou que muitas instituições do Direito Romano, caso da *universitatis*, não fossem devidamente apreendidas. Se nesta época tal instituição era equiparada à totalidade – não à maioria – dos membros que a compunham, então percebe-se o porquê dos glosadores considerarem a vontade e os actos dos membros da *universitatis*, como a vontade e os actos desta, logo, as infracções dos seus membros, como infracção da colectividade.²⁹ Assim, e ainda que mais tarde esta regra tenha sido atenuada ou flexibilizada, considerava-se que para existir uma infracção colectiva, necessário seria que fosse praticada pela totalidade dos membros e sob a forma estatutariamente prescrita.

Com os postglosadores, sendo *Bartolus de Sassoferrato* a figura mais destacada e um dos grandes defensores da doutrina da capacidade delitual das pessoas colectivas, entendia-se que, se

explicações ou quadros lógicos, a verdade é que os canonistas defenderam a punição criminal das pessoas colectivas, limitando-se, todavia, a referir as fontes romanas e canónicas que a tal conclusão adjuvavam. Assim, a deliberação maioritária emanada pela assembleia da pessoa colectiva, regularmente constituída - *pulsata campana et congregato consilio* – constituía o “passaporte” para se poder considerar um acto como querido e executado pela colectividade (note-se que, surge aqui depois uma questão extremamente interessante, que é a de assim se poder considerar a aplicação da pena de excomunhão à própria Igreja!). Tal facto, vem reforçar a tomada de posição de Inocêncio IV, no sentido de considerar que as pessoas colectivas são incapazes de agir). Já pelos actos praticados pelos administradores e funcionários da colectividade, entendia-se que respondiam apenas estes – e já não a colectividade – a título pessoal.

29 Também nesse sentido, Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 46.

filosoficamente a personalidade colectiva mais não seria que pura ficção, já juridicamente tal não sucedia sendo a pessoa colectiva realidade jurídica, logo, juridicamente capaz de querer e actuar³⁰

³¹.

d) Direito Português

No direito português, antes do século XVIII, mais concretamente durante a vigência das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, o silêncio legislativo a que o objecto do nosso estudo foi sistematicamente votado, indicia a plausibilidade da defesa da tese segundo a qual as pessoas colectivas não podiam ser responsabilizadas criminalmente.

30 Assumindo grande relevo a distinção actuada por Bártolo, entre os *delicta propria* e os *delicta impropria*, o certo é que às pessoas colectivas era considerado possível imputar-lhes actos criminosos ou penalmente relevantes. Consequentemente, a tais entidades podiam aplicar-se determinadas penas, desde que compatíveis com a sua natureza – afastando-se, naturalmente, a possibilidade de aplicação de penas corporais ou privativas de liberdade –, caso das penas pecuniárias, entre outras, incluindo a própria pena de dissolução.

31 Note-se que, contrariamente ao direito romano, o direito germânico, por todas as fases por que passou, admitiu de forma nítida a responsabilidade criminal das pessoas colectivas. No entanto, a própria noção de personalidade colectiva, manteve-se obnubilada, nunca tendo o direito germânico da Idade Média logrado alcançar a sua verdadeira essência, tal só sucedendo posteriormente, com a recepção das doutrinas de Bártolo e dos restantes postglosadores. “*Sobre estas bases (a doutrina dos postglosadores) se trató la cuestión de la capacidad delictiva de las corporaciones prácticamente en toda a Europa. Por ejemplo, en Alemania éstas han sido concepciones básicas hasta el comienzo del Iluminismo tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia*”. Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 53.

Já no século XVIII, Pascoal de Melo Freire e Pereira e Sousa – com marcada influência canonista –, vêm admitir a responsabilidade de tais entes, caso do parágrafo 8.º do Título 2.º do Projecto de Código Criminal de 1789. No entanto, e como já se referiu, os ideais individualistas e anticorporativistas que no pós-1789 se estenderam um pouco por toda a Europa, não deixaram de se reflectir em Portugal, sendo exemplo desta influência o artigo 11.º da Constituição de 1822³² ao estatuir expressamente a doutrina da irresponsabilidade criminal das pessoas colectivas - *nenhuma (pena) passará da pessoa do delinquente*. Também o nosso primeiro Código Criminal, o de 1852, explicita esta doutrina: *somente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessária inteligência e liberdade*, bem como o Projecto do Código Penal de 1861-1864, obra de Levy Maria Jordão, que vinca no artigo 260.º o carácter individualizado da responsabilidade criminal³³.

Numa perspectiva bem mais recente, vem estatuir o artigo 11.º do Código Penal vigente que *salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal*. Desta forma, a responsabilidade das pessoas colectivas é somente admitida quando prevista em legislação especial. No entanto, tal abertura é possibilitada por aquele normativo, pelo que nada se arrisca quando dizemos que a responsabilidade em causa é, desde logo, inequivocamente aceite pelo legislador penal (comum). Vários são os diplomas que expressamente a estipulam: artigos 3.º, 7.º e 8.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, relativo às infracções anti-económicas e contra a saúde pública³⁴;

32 No mesmo sentido o parágrafo 19 do artigo 145.º da Carta Constitucional de 1826 e o artigo 22.º da Constituição de 1838.

33 Algumas notas sobre o Projecto do Código Penal português de 1963, em João Castro e Sousa, *ob. cit.*, [17], págs. 192 e ss.

34 Afirmar-se no preâmbulo deste diploma que “importante novidade neste diploma é a consagração aberta da responsabilidade penal das pessoas colectivas e sociedades, a que algumas recomendações de instâncias

artigo 7º do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras, do Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras e do recente Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT)³⁵; o já referido artigo 607.º do recente Código do Trabalho, entre outros. Para esta evolução legislativa, muito contribuiu o aparecimento de uma nova realidade social com a sociedade técnica pós-industrial: a empresa. Assim, *o desenvolvimento técnico e tecnológico, ligado à prevalência de uma ratio calculatrix*³⁶, *levou a que o Homem passasse a agir dentro da sociedade civil, quase de uma forma exasperada, através da “personagem” que a empresa (...) representa*³⁷. Este facto levou a que à sua volta comece a surgir uma normatividade específica, atento o papel social de valor por ela desempenhado. *Passou a ser uma entidade que o campo discursivo considerou susceptível de gerar comunicação. (...) Se hoje (...) a*

internacionais, como o Conselho da Europa, se referem com insistência. Tratando-se de um tema polémico em termos de dogmática jurídico-penal, nem por isso devem ignorar-se as realidades práticas, pois se reconhece por toda a parte que é no domínio da criminalidade económica que mais se tem defendido o abandono do velho princípio *societas delinquere non potest*”.

- 35 Sobre a temática específica, consultar Isabel Marques da Silva, *Responsabilidade Fiscal Penal Cumulativa. Das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2000, em especial págs. 48 e ss. Ver ainda Jorge Lopes de Sousa/Manuel Simas Santos, *Regime Geral das Infracções Tributárias Anotado*, ÁREAS EDITORA, 2001, págs. 81 e ss.
- 36 Este tipo de racionalidade faz com que a actuação criminosa não ceda face a qualquer pretensão intenção moral ou ética. Neste sentido, veja-se José de Faria Costa, *ob. cit.*, [7], págs. 541 e ss.
- 37 “A referência à empresa, no conjunto de figuras afins da pessoa colectiva, justifica-se por duas ordens de razões. Desde logo, pela sua manifesta relevância prática, no plano económico, como no jurídico; para além disso por, numa das acepções em que é usada, a empresa parecer identificar uma entidade autónoma, como sujeito de direitos”. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Lisboa, 2001, pág. 542.

empresa em termos de direito penal, não se tem de circunscrever ao âmbito descrito pelo chamado “direito penal económico” - (...) os conflitos que se geram através da empresa se alargam para outros campos bem diferenciados (v.g., do direito do ambiente, segurança do trabalhador na empresa, fiscalidade) - é indiscutível que foi a fenomenalidade atinente à criminalidade económica, sustentada na empresa, que suscitou os primeiros estudos, não só criminológicos, mas também de natureza dogmática. Face ao exposto, não causa estranheza que seja no âmbito do direito penal económico que o problema de punir criminalmente um ente colectivo se tenha posto com maior acuidade e que, por isso mesmo, encontremos vários casos em que expressamente se consagra tal responsabilidade. Concluímos este ponto com Faria Costa, segundo o qual independentemente da doutrina ou doutrinas que tentem justificar a responsabilidade penal das pessoas colectivas duas coisas se nos afiguram indiscutíveis: a primeira, é que foi pela via do direito penal económico que tal questão entrou definitivamente no mundo dos problemas candentes do pensamento penal; a segunda, que a tendência, a inclinação ou o movimento que vai no sentido da admissibilidade ou sustentação teórica da responsabilidade penal das pessoas colectivas afigura-se-nos preponderante³⁸. Como se analisará posteriormente, o custo da criminalidade económica, comparado com o da criminalidade tradicional contra o património, é, fora de qualquer dúvida, muitíssimo mais elevado, sendo que, tal criminalidade é, em grande percentagem, obra de poderosas organizações que, no mundo dos negócios, actuam sob a veste da personalidade colectiva³⁹. Este é, no entanto, tema a considerar posteriormente.

38 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [2], pág. 49.

39 A evolução recente da legislação portuguesa é analisada mais desenvolvidamente em Lopes Rocha, *ob. cit.*, [15], págs. 463 e ss.

III – A Questão Cível. “*A possibilidade de, graças à Ciência do direito, tratar como pessoas realidades de natureza não-humana é fascinante*”⁴⁰

a) Breve justificação da análise

A questão cível, inarredavelmente ligada ao problema que se estuda, ainda que *prima facie* possa parecer uma abordagem completamente lateral e distante, merecerá tratamento que nos parece consentâneo e adequado à importância que a matéria indubitavelmente reveste para a questão da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, e cuja correcta compreensão consideramos, por isso, fulcral. Claro que, e em último termo, advirta-se não ser resolvida aquela questão nesta sede - a cível ou comercial -, uma vez que, como é consabido, ao Direito Penal estão umbilicalmente ligados princípios, regras e axiomas específicos e próprios, que o tornam, na plêiade dos vários ramos do Direito globalmente considerado, um Direito verdadeiramente singular. As exigências que lhe são feitas diferem sobremaneira daquelas que o Direito Civil tem de cumprir.

Acontece que, as pessoas colectivas surgiram incontestavelmente primeiro num contexto que não o do Direito Penal. *De forma simples poder-se-á asseverar que a pessoa jurídica se afirmou, desde a primeira hora, como um novo centro de imputação jurídica. De imputação jurídica para o direito civil, para o direito processual civil, para o direito comercial. A resistência a considerar a pessoa colectiva como um verdadeiro centro de imputação jurídica vinha, e de certa maneira ainda continua a vir, das bandas do direito penal*⁴¹. Por isso, reafirmamos a necessidade de apreender tais entidades tal como têm sido configuradas no Direito Civil,

40 Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, [23], pág. 52.

41 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [2], Quarteto, 2003, pág. 46.

maxime, o tratamento da natureza da personalidade colectiva, para depois sim, tendo em conta tais implicações cíveis, recepcionar no âmbito do Direito Penal, aquilo que aqui possa resultar não só como recepcionável, mas também, como relevante. Como se perceberá, a própria evolução histórica da questão objecto do nosso estudo, andarà “de braço dado” com a análise que neste ponto se irá proceder. Como acentua Cerezo Mir, a capacidade das pessoas colectivas para serem sujeitos activos de crimes, está em relação com a questão controversa da sua realidade. Se se perfilhar a teoria da ficção, então terá de excluir-se a possibilidade de imputar este tipo de responsabilidade aos entes colectivos, o que já não sucederá no caso de se assumir como operável a teoria realista.

b) Elementos internos da pessoa colectiva

O substracto, a organização formal e o reconhecimento

A noção básica de pessoa colectiva caracteriza-a como um organismo social – *além das pessoas físicas, há entidades sociais, que também são personificadas*⁴². Lidamos, por isso, com uma realidade social apta a ser organizada, designada como *substracto* da pessoa colectiva, ente que surge como novo actor na vida social⁴³, sendo a modalidade do substracto o elemento que serve de base à caracterização de duas categorias de pessoas colectivas: associações e fundações⁴⁴.

42 Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, Coimbra, 1997, pág. 193.

43 Atente-se nas três razões apontadas por Oliveira Ascensão, que levam à constituição e formação das pessoas colectivas, *in* Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, [42], págs. 195 e 196.

44 Nas primeiras predomina o elemento pessoal, sendo o seu substracto constituído por várias pessoas, associadas para realizarem interesses

No entanto, torna-se necessário assegurar os meios através dos quais se vai formar e actuar uma *vontade colectiva*, apta a suportar e a realizar esse fim. Está aqui em causa providenciar os meios de actuação de certo substracto como entidade jurídica própria, nisto consistindo a *organização formal* do substracto, que se traduz na adequação do substracto à realização do fim prosseguido pela pessoa colectiva. Uma vez que tal organização formal não tem, *de per si*, vontade própria, nem meios naturais de actuação, o Direito assumindo uma importante função, atribui à pessoa colectiva os instrumentos jurídicos que garantem o actuar colectivo. Tais instrumentos designam-se de *órgãos*, sendo por sua intermediação que se ordenam e conjugam as vontades individuais que formam e manifestam a vontade da pessoa colectiva.

Salienta Marcello Caetano ser “*através dos seus órgãos que a pessoa colectiva conhece, pensa e quer. O órgão não tem existência distinta da pessoa, a pessoa não pode existir sem órgãos. Os actos dos órgãos são actos da própria pessoa e tudo quanto diz respeito às relações entre os diversos órgãos da mesma pessoa colectiva tem carácter meramente interno*”⁴⁵. Assim, apenas em sentido figurado se fala em relações internas da pessoa colectiva, em relação de hierarquia entre os órgãos ou em relações entre a pessoa colectiva e os seus órgãos, pois não se trata de verdadeiras relações jurídicas, uma vez que os órgãos, como tais, não são pessoas. E, de facto, também se dirá com propriedade que os órgãos em si mesmos não têm realidade física, isto é, materialidade ôntica, pois esta só existe nas pessoas singulares que são seus *suportes* ou *titulares*. Assim, a individualização dos órgãos faz-se por um conjunto de meios de actuação jurídica que são os poderes e que estão organizados e ordenados para um certo fim, que mais não é

comuns. Pelo contrário, nas fundações o substracto é patrimonial.

- 45 É ainda a definição herdada de Marcello Caetano a que se utiliza. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 9ª edição, ver. e act. p/ Diogo Freitas do Amaral, tomo I, Lisboa, 1970, pág. 200.

a própria formação e manifestação da vontade da pessoa colectiva. É desta forma que o ente colectivo passa a poder comportar-se no mundo jurídico, como entidade *a se*, como pessoa autónoma, realizando os interesses que prossegue, tratando-se assim de poderes funcionais.

Em suma, diz-se órgão da pessoa colectiva, *o centro de imputação de poderes funcionais, com vista à formação e manifestação da vontade juridicamente imputável à pessoas colectivas, para o exercício dos direitos e o cumprimento das vinculações que a esta cabem*⁴⁶.

Face ao exposto, dúvidas não restam que está aqui em causa uma concepção *institucional*, e não *individualista* dos órgãos, sendo estes elemento institucionalizado da pessoa colectiva, integrando-se, pois, na sua estrutura e não a pessoa ou pessoas que são os seus titulares. Neste sentido, importa conceder toda a importância à afirmação de Oliveira Ascensão, segundo o qual *são os órgãos da pessoa colectiva que exprimem a vontade que pelo Direito é tomada como juridicamente relevante. As pessoas físicas que exprimem naturalisticamente essa vontade não são representantes das pessoas colectivas (...). A vontade emitida é objectivamente imputada à pessoa colectiva, num movimento que aliás repercute claramente a visão social (...), pois também a vontade dos órgãos é juridicamente a própria vontade da pessoa colectiva*^{47 48}.

46 Marcello Caetano, *ob. cit.*, [45], pág. 200.

47 Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, [42], pág. 241.

48 Note-se ainda que, como refere Manuel de Andrade, “dos órgãos há que distinguir os simples agentes ou auxiliares, que só executam por incumbência ou ainda sobre a direcção dos órgãos deliberativos, e principalmente dos representativos, determinadas operações materiais que interessam à pessoa colectiva”, havendo ainda que os distinguir dos titulares ou suportes dos órgãos. Seguindo o raciocínio do autor, afirma este que, “por outro lado, podem as pessoas colectivas ter mandatários

Em substância, a diversidade dos órgãos apura-se a partir de dois aspectos fundamentais: estrutura do órgão e sua competência⁴⁹. Estruturalmente, os órgãos podem ser singulares ou colegiais; quanto à competência são duas as classificações a operar, distinguindo-se entre órgãos *activos* e *consultivos* e órgãos *internos* e *externos*. Na primeira classificação, atende-se ao facto de os órgãos formarem ou emitirem uma vontade juridicamente imputável à pessoa colectiva – *órgãos activos* – ou se limitarem a preparar elementos, com base nos quais os órgãos activos vão emitir a sua deliberação ou decisão – são *órgãos consultivos*. *Summo rigore*, só os órgãos activos são verdadeiros órgãos, pois aos órgãos consultivos falta a participação nos poderes internos da pessoa colectiva, característica fundamental do órgão. A segunda classificação respeita já ao conjunto específico dos órgãos activos. Aos *órgãos internos* cabe formar a vontade da pessoa colectiva ou manifestá-la perante terceiros, caso da assembleia geral de uma sociedade ou a sua administração; quanto aos *órgãos externos* encontramos por exemplo, o administrador-delegado, a quem em regra cabem poderes de, por si só, agir em nome da pessoa colectiva, na actuação das deliberações do conselho de administração⁵⁰.

constituídos e tratados como o das pessoas singulares (...). São os órgãos da pessoa colectiva quem os designa e lhes confere os respectivos poderes. Distinguem-se dos meros agentes ou auxiliares por terem a seu cargo a conclusão de um ou mais negócios jurídicos. Distinguem-se dos órgãos porque a intervenção destes resulta dos próprios estatutos, ao passo que a daqueles resulta de deliberações tomadas pelos órgãos". Manuel de Andrade, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º vol., 1944, págs. 49 e ss.

- 49 Desenvolvidamente, sobre esta matéria, ver Carvalho Fernandes, *ob. cit.*, [37], págs. 434 e ss.
- 50 O administrador-delegado, como tal, é órgão da pessoa colectiva, além de ser elemento de outro órgão – o conselho de administração. Não tomando, em geral, decisões autónomas, ele executa as deliberações do

No entanto, um substracto organizado não é ainda uma pessoa colectiva pelo que, aos dois elementos analisados haverá que acrescentar a qualidade *personalidade jurídica*, ou seja, a susceptibilidade de ser titular de direitos e de estar adstrito a vinculações. Daí, uma definição possível, mas incompleta, de pessoa colectiva ser a de substracto organizado a que a ordem jurídica atribui personalidade, personalidade esta atribuída através do *reconhecimento*. Assim, a atribuição da personalidade ou a personificação colectiva, consiste sempre na constituição da qualidade de pessoa e não apenas de simples reconhecimento de algo preexistente.

c) Elementos externos da pessoa colectiva

Fim e objecto da pessoa colectiva

O *fim* é outro dos elementos da pessoa colectiva, mas extrínseco, traduzindo-se na prossecução de certos interesses humanos, ou seja, no escopo a atingir pela pessoa colectiva. Por *objecto* da pessoa colectiva entendem-se os *modos de acção através dos quais a pessoa colectiva prossegue o seu fim*⁵¹, isto é, a actividade a desenvolver pelos seus órgãos para que se possa atingir o fim da pessoa. Como se sabe, o fim de uma sociedade comercial é lucrativo, mas a realização do lucro pode alcançar-se pelo exercício das mais diversas actividades, sendo estas actividades que constituem o objecto da pessoa colectiva. Este aspecto, que à primeira vista parece cair fora do tema que nos ocupa, é também ele importante. Atente-se no facto de poderem ser recortados vários tipos de cri-

conselho, exteriorizando a vontade da pessoa colectiva, nas suas relações com outras pessoas.

51 Carvalho Fernandes, *ob. cit.*, [37], pág. 442.

minalidade económica que gravitam em torno da empresa. Aquela que nos ocupa é a projectada a partir da empresa, ou seja, a que encontra na empresa o lugar “de onde” ela possa advir, embora se possa ainda considerar – o que pode assumir relevância em determinados casos –, segundo Faria Costa e Bernd Schünemann, a criminalidade que se desenvolve em seu redor, não a tocando no entanto, a criminalidade perpetrada por membros internos da empresa contra seus pares e, finalmente, a criminalidade que nasce dentro da empresa contra a própria empresa⁵².

d) Natureza da personalidade colectiva^{53 54}

1. Teorias negativistas

Os autores que negam a admissibilidade do instituto da personificação colectiva não a aceitam sequer como ficção legal, apoiando-se na ideia de que só o homem pode ser pessoa. Para além dele nada mais tem realidade, nem no mundo natural, nem

52 Note-se que, como refere Manuel López Rey e Arrojo, a índole legítima de uma actividade não deve ser identificada com a ilegitimidade dos meios usados para levá-la a cabo, *La Criminalidad Económico-Social en la Política Criminal de las Naciones Unidas*, in *Los Delitos Socio-Económicos*, Edición de Marino Barbero Santos, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, pág. 85.

53 Advirta-se desde já, que só analisaremos esta matéria naquilo que directamente tem a ver com o caso em análise, e que possa assim, contribuir para a dilucidação do problema. Conferir, no entanto, para maior desenvolvimento histórico e dogmático, Menezes Cordeiro, *O Levantamento da Personalidade Colectiva*, Almedina, 2000, págs. 19 a 66. Ver ainda, Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, [42], págs. 200 a 203.

54 Segundo Menezes Cordeiro, este é um problema que, “*tendo sido considerado o “problema do século XIX”, conseguiu atravessar, sem solução, todo o século XX*”.

no plano legal, não fazendo, por isso, sentido falar em pessoas colectivas. Para além desta base comum, os autores divergem já quanto à forma como procuram explicar o fenómeno jurídico. As duas teses mais salientes são a teoria do património-fim ou património de afectação⁵⁵ e a teoria individualista^{56 57}.

2. A teoria da ficção

Entre os defensores da teoria da ficção encontramos, entre outros, Savigny⁵⁸, Puchta e Windscheid, segundo os quais a construção da personalidade colectiva mais não é que pura ficção

55 Esta teoria deve-se a Brinz, e explicita que, ao lado de bens pertencentes a pessoas singulares, podem perfeitamente conceber-se massas patrimoniais não pertencentes a ninguém, afectas à realização de um certo fim. A pessoa colectiva não seria mais que um destes patrimónios afectados ao fim cuja realização asseguram.

56 A teoria *individualista* ou *atomista* foi defendida por Ihering, segundo o qual, o verdadeiro titular dos direitos, pretensamente atribuídos à pessoa colectiva, não pode ser esta, que não passa de uma ilusão, mas sim os membros da própria associação ou os destinatários do fim prosseguido, pois só estes podem ser pessoas.

57 As teorias negativistas acabaram por não fazer grande escola, o que acontece muito especialmente em sistemas jurídicos como o português, onde o fenómeno *pessoa colectiva* se apresenta como particularmente pujante. De qualquer forma, é entendimento pacífico que estas teorias assumem a posição estranha de negar a realidade jurídica em detrimento de a tentar construir em termos dogmáticos adequados ao seu regime jurídico positivo. Ora, como se viu, já no Direito Romano se encontram manifestações do reconhecimento de *pessoas* não identificadas com o Homem, como meio adequado ao tratamento jurídico de certo tipo de interesses humanos. As teorias negativistas são analisadas também por Gustavo Eduardo Aboso/Sandro Fabio Abalades, *ob. cit.*, [17], págs. 9-14.

58 Segundo Menezes Cordeiro, “o pensamento jurídico actual, no tocante à personalidade colectiva, deve-se a Savigny”. Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, [23], pág. 63.

jurídica⁵⁹. Assim, só os Homens são dotados da vontade e, como tal, sujeitos de direitos⁶⁰. Contudo, quando em determinadas situações importa unificar relações que se referem a vários homens, a lei aproveita-se da ideia da pessoa singular e constrói, à sua semelhança, a figura da pessoa colectiva. No entendimento daqueles autores, ao fazê-lo, ao criar a pessoa colectiva, o Direito fingiria na pessoa colectiva uma pessoa física, e isto por só o ser humano poder ser pessoa jurídica^{61 62}.

59 A definição de pessoa colectiva que se pode retirar de *System des Heutigen Römischen Rechts*, de Savigny, será a de um sujeito de relações jurídicas, que, tecnicamente, não corresponde a uma “pessoa natural”, mas que é tratado como pessoa, através duma ficção teórica, numa situação que se justifica, para permitir determinado escopo humano.

60 Savigny põe a tónica no facto de a questão residir na relação existente entre o Direito e a pessoa. No fundo, na questão de saber quem pode ser titular ou sujeito de uma relação jurídica, isto é, quem tem capacidade jurídica.

61 Defende Savigny que todo o Direito existe por causa da liberdade moral, inerente à pessoa individual.

62 Ora, em verdade a teoria da ficção não admite a pessoa colectiva com individualidade própria, pois o Direito a circunscreveria à pessoa singular. Subscrevemos, por isso, inteiramente a afirmação segundo a qual “a teoria da ficção é inadmissível, porque, se por “ficção” entendermos, como parece entender a teoria, tudo aquilo que são criações da lei, abstracções do direito, fórmulas de pensamento jurídico abstracto, a que não correspondem realidades sensíveis, então teremos fatalmente de admitir que tudo no direito são ficções, inclusive as pessoas singulares como entes jurídicos, que também são uma criação da lei. Neste caso, dizer direito é o mesmo que dizer ficção, mundo de ficções; tudo acima do sensível será ficção; sê-lo-ão as leis científicas, as construções lógicas, a própria moral, enfim tudo o que não se sente nem palpa, se não vê nem cheira”. Cabral Moncada, *apud* Carvalho Fernandes, *ob. cit.*, [37], n.º 3, pág. 512.

3. A teoria normativista

A teoria normativista, também dita corrente analítica, é defendida na doutrina portuguesa por Menezes Cordeiro. Segundo este autor⁶³, por *pessoa*, em Direito, entende-se uma “*entidade destinatária de normas jurídicas e portanto: capaz de ser titular de direitos subjectivos ou de se encontrar adstrita a obrigações*”. Ao falarmos de pessoa colectiva estaríamos, pois, perante um ente que pode autodeterminar-se na sua actuação jurídica, sendo um centro de imputação de normas jurídicas. A especificidade existente na pessoa colectiva revela-se no facto de as pessoas singulares que a constituem não serem o destinatário directo das normas, como acontece na personalidade singular, mas apenas o serem indirectamente, recebendo essas normas “*transformadas pela presença de novas normas, agrupadas em torno da ideia pessoa colectiva*”⁶⁴.

Também esta teoria, nos parece insuficiente, uma vez que deixa o problema da natureza da pessoa colectiva no estado em que o encontra, pois a própria identificação, na personalidade colectiva, de um centro de imputação autónomo coincide com a noção preliminar que já adiantámos de pessoa colectiva.

63 Menezes Cordeiro, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1996, págs. 317-320.

64 O mesmo é dizer que na personalidade colectiva, “a «imputação» final dos direitos e deveres”, aos homens, se faz em modo colectivo, mediante as tais novas normas acima referidas. Assim, segundo Menezes Cordeiro, estamos perante uma definição “*sistemática, técnica e funcional: permite, numa fórmula sintética, a articulação da personalidade com o direito subjectivo e os demais níveis da ordem jurídica. É ainda unitária*”, interrogando-se, porém, o próprio autor, se assim se não reduz a personalidade a um mero expediente técnico.

4. As teorias da realidade

As teorias da realidade surgem como forma de reacção às teorias negativistas e da ficção, ao contrariarem o seu ponto de partida segundo o qual só o homem é susceptível de ser pessoa jurídica⁶⁵. Por outro lado, procuram encontrar na pessoa colectiva uma natureza própria e real que justifique a qualidade de pessoa atribuída a certos conjuntos de pessoas ou de bens e sirva de base às particularidades do seu regime. A pessoa colectiva, não tendo evidentemente realidade física autónoma – ôntica ou materialidade palpável –, nem por isso deixa de corresponder a um fenómeno sociológico específico, situando-se a sua existência no campo jurídico-normativo⁶⁶. Como salienta Francesco Ferrara, que sublinha o papel do Direito no reconhecimento da personalidade, as pessoas colectivas existem, efectivamente, mas por via jurídica. Assim, esta teoria que certos autores designam também por *realidade técnica*, pode hoje considerar-se largamente dominante, sendo acolhida,

65 Caso das *teorias orgânicas* que explicam o fenómeno da personificação colectiva a partir da ideia de organismo social, com existência real, como a pessoa singular. O seu desajustamento da realidade é patente, pelo que nos limitamos a corroborar o entendimento de Cabral Moncada, segundo o qual, *afirmar a existência orgânica ou psicológica das pessoas colectivas, como "seres" substanciais, é uma insensatez. Não nos julgamos obrigados a demonstrar aqui que as pessoas colectivas não têm carne nem osso, nem pulmões, nem cabeça, nem juízos e raciocínios, nem volições.*

66 Para Binder, ser sujeito de direitos é estar numa relação, dada pela ordem jurídica, e que nós chamamos de direito subjectivo. Também Saleilles adere ao realismo.

entre outros, por Carvalho Fernandes, Cabral de Moncada, Manuel de Andrade⁶⁷, Marcello Caetano, Castro Mendes⁶⁸.

Entende-se assim que, a personalidade jurídica, em geral, constitui criação – e não mera ficção – do Direito. Refere Faria Costa que, *é regra elementar (...) não esquecer que as pessoas colectivas representam (são) um real construído*⁶⁹, sendo na dimensão interna da pessoa colectiva que estas espelham o seu *quid specificum*. As pessoas colectivas são sempre *relatio in alterum*. Ou seja, “elas só têm sentido e intencionalidade jurídico-penal no momento em que se estabelece o nexo indissociável entre aquilo que se quer construir e os órgãos reais de ligação (directa) ao mundo jurídico”⁷⁰.

No plano normativo, diferentemente do que sucede, claro está, no plano ôntico, a pessoa colectiva tem existência tão real como a pessoa singular, realidade jurídica a que corresponde, no plano social, uma individualidade própria, e diferente da da pessoa singular, constituída pelo *abstracto* – conjunto de homens ou de bens juridicamente organizados –, qualquer que seja a modalidade

67 Manuel de Andrade, *ob. cit.*, [48], págs. 49 e ss. Segundo o autor, a pessoa colectiva é produto da ordem jurídica, uma realidade do mundo jurídico, na qual o essencial é o elemento jurídico.

68 Já Oliveira Ascensão parece afastar-se desta teoria. Conferir, *ob. cit.*, [42], págs. 201 a 203.

69 José de Faria Costa, *A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra, 1998, pág. 515.

70 Nestes termos, a personalidade jurídica do Homem, sendo imposta pelo Direito atenta a imanente dignidade da pessoa humana e de essas razões não serem válidas para a personalidade colectiva, não exclui a possibilidade de atribuição de personalidade a outros entes portadores de interesses merecedores de protecção jurídica.

que este revista. *Longe de ser ficção, a pessoa colectiva é uma realidade*, sustenta Lopes Rocha⁷¹.

Com o que se afirma, percebe-se não ser a personalidade colectiva mera forma jurídica sem qualquer ligação com o mundo ou a vida social regulada pelo Direito, ideia que arrasta consigo estoutra, segundo a qual a atribuição da qualidade de pessoa colectiva só se justifica quando lhe corresponda um substracto dirigido à prossecução de interesses colectivos, em contraposição aos interesses individuais prosseguidos pelas pessoas singulares. Daqui resulta a necessidade de, como sujeito de direito, se fixar para a pessoa colectiva um regime adequado à sua realidade substancial própria e, por isso mesmo, diverso, em aspectos relevantes, do da personalidade singular, o que, na nossa opinião, não pode deixar de valer também no domínio do Direito Penal.

Como não existe na pessoa colectiva uma individualidade psíquico-física, a actuação como sujeito de direito impõe a existência de meios técnicos que permitam formar e manifestar uma *vontade colectiva* por forma juridicamente relevante cabendo ao direito determinar o processo técnico-jurídico através do qual a pessoa colectiva vai agir. Já desenvolvemos que tal processo consiste fundamentalmente na organização do substracto, dotando-o de órgãos, órgãos estes que não podem ser vistos como meros representantes da pessoa colectiva, antes fazem parte da sua estrutura. O mesmo é dizer que só a teoria organicista, e não representativista é capaz de traduzir o que há de específico no actuar dos entes colectivos: a vontade por esses órgãos formada e expressa é a vontade da pessoa colectiva, não carecendo de lhe ser atribuída por qualquer técnica análoga à da representação por substituição de vontades: *os actos dos órgãos* – e não apenas os

71 Lopes Rocha, *ob. cit.*, [15], pág. 436.

seus efeitos – *são tratados pelo Direito como actos das pessoas colectivas*⁷².

Com tudo isto não se nega a afirmação segundo a qual, a personificação colectiva envolve uma *vantagem* inegável no tratamento de certos interesses colectivos e duradouros, que ultrapassam a esfera da actuação individual, assim, se permitindo regular autonomamente esses interesses, imputando-os a uma entidade diferente de cada um dos seus titulares. Queremos deixar claro que não estamos a funcionalizar a realidade à defesa da tese da necessidade de punir criminalmente as pessoas colectivas. Simplesmente, o funcionamento adequado e eficaz deste instrumento técnico torna necessário dotar essa entidade autónoma e organizada, que vai assumir como seus os interesses colectivos por ela prosseguidos e os correspondentes direitos e vinculações. Atenta esta razão de ser, como instrumento utilizado pelo legislador para alcançar certo desiderato, a pessoa colectiva não pode ser vista como um fim em si mesma, sendo apenas e meramente instrumental. Em suma, e nos termos expostos, o acto do órgão é o acto da pessoa colectiva⁷³.

72 Carvalho Fernandes, *ob. cit.*, [37], pág. 517. Segundo J. Constant, a pessoa colectiva constitui “o modo de expressão de uma verdadeira vontade colectiva reconhecida em direito civil e comercial e capaz de dolo ou de culpa visto que é susceptível de ser dirigida para o mal como para uma actividade ilícita”.

73 Finalmente, refira-se que, “foi sob influência da escola germanista, que atacou violenta e sistematicamente aquela teoria (a da ficção) e veiculou com força a ideia da *realidade* da pessoa jurídica, que se desenhou uma tendência mais favorável à responsabilidade penal das pessoas colectivas”. J. Constant, *apud* Lopes Rocha, *ob. cit.*, [15], n.º 7, pág. 436.

sistemática de todo o ordenamento jurídico. Caso contrário, não se podendo punir a própria pessoa colectiva “muita da eficácia antes propugnada perde-se na impossibilidade da correcta determinação dos verdadeiros agentes que consubstanciaram a infracção penal”⁷⁷. Para que a pessoa colectiva possa considerar-se capaz de actuar de modo jurídico-penalmente relevante, entende o Autor que *a pessoa jurídica vive ou só vive se com ela automaticamente se prefizer uma relação de interna alteridade*⁷⁸, (...) *uma relação em que o “outro” (o órgão ou representante da pessoa colectiva) está necessariamente presente*^{79 80}.

Desta forma, se for atribuída responsabilidade à pessoa colectiva, responsabilidade quer civil/comercial quer criminal, não haja qualquer temor em referenciá-lo, tal solução mostra-se mais ajustada à tese organicista e à ideia de capacidade⁸¹; pelo contrário, a solução de não responsabilizar a pessoa colectiva pelos actos dos seus órgãos ajusta-se, no mesmo tipo de raciocínio lógico, à tese *representativista* e à incapacidade da pessoa colectiva. Segundo Oliveira Ascensão, *se houvesse uma verdadeira representação, o acto seria do representante, e sobre a pessoa colectiva apenas se*

77 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 507.

78 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 514.

79 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 518.

80 Também o Supremo Tribunal de Justiça parece perfilhar este entendimento. No Acórdão de 8 de Outubro de 1997, pode ler-se que “as pessoas colectivas ou equiparadas actuam necessariamente através dos titulares dos seus órgãos ou dos seus representantes, pelo que os factos ilícitos por estes praticados, em nome e no interesse daquelas, são tratados pelo direito como factos das mesmas, nomeadamente quando deles advenham responsabilidade criminal, contra-ordenacional ou civil, *in* Boletim do Ministério da Justiça, 470, pág. 162.

81 Afirma Oliveira Ascensão que, *havendo pelo contrário uma relação de organicidade, o próprio acto seria desde o início imputado à pessoa colectiva, ob. cit.*, [42], pág. 243.

*repercutiriam os efeitos do acto*⁸², solução que já vimos indefensável^{83 84 85}.

82 Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, [42], pág. 243.

83 Como referem Jorge Lopes de Sousa/Manuel Simas Santos, “as *personas colectivas* são organizações constituídas por uma colectividade de pessoas ou por um conjunto de bens, visando a realização de interesses comuns ou colectivos, às quais a lei atribui a personalidade jurídica, considerando-as centros autónomos de relações jurídicas, autonomia essa que existe mesmo em relação aos seus membros ou às pessoas que actuam como seus órgãos. (...) Assim, apesar de as *personas colectivas* estarem desprovidas de um organismo físico, entende-se que elas têm capacidade de agir por a relação entre elas e as *personas físicas* que constituem os seus órgãos ser de verdadeira identificação e, sendo assim, agindo o órgão é a própria pessoa que age”. Jorge Lopes de Sousa/Manuel Simas Santos, *ob. cit.*, [35], pág. 84.

84 Exemplo paradigmático da defesa da tese organicista, no plano cível, é adiantado por Carvalho Fernandes, na análise dos arts. 37.º a 39.º do Código Civil, ao determinarem, em matéria de Direito Internacional Privado, a ordem jurídica reguladora da relação representativa. Aí contrapõe o Código Civil, às clássicas modalidades de representação voluntária e legal, a representação orgânica, identificando-a como sendo a representação das *personas colectivas* através dos seus órgãos. *A circunstância de o órgão ser parte da própria pessoa colectiva justifica plenamente a selecção da sua lei pessoal para reger a relação entre eles estabelecida (...). Tem de se reconhecer que o regime descrito se harmoniza muito mais com uma concepção organicista do que com a representativista.* Carvalho Fernandes, *ob. cit.*, [37], pág. 607.

85 O legislador, além da necessidade de autonomizar o vínculo existente entre as *personas colectivas* e o seu órgão, em relação às modalidades clássicas da representação, ao estabelecer a lei normalmente aplicável, fê-lo em termos que sugerem uma íntima correlação entre a pessoa e o órgão, pois o vínculo correspondente se rege pela própria lei pessoal da *personas colectivas*.

g) Responsabilidade contratual e extracontratual da pessoa colectiva

Finalizaremos esta temática com um brevíssimo percurso pelo regime da responsabilidade da pessoa colectiva em matéria cível.

Em matéria de responsabilidade contratual o representado responde pelos actos do seu representante. Como afirma Manuel de Andrade⁸⁶, “*a exclusão da responsabilidade contratual das pessoas colectivas viria a traduzir-se, aliás, num privilégio injustificável. As pessoas singulares, quando realizam algum negócio jurídico constitutivo de obrigações, nem que este seja concluído pelos seus representantes legais (...), ficam sujeitas àquela responsabilidade se a obrigação não for pontualmente cumprida, embora por culpa só desses representantes, ou dos mandatários ou agentes por eles escolhidos*”⁸⁷. Não teria, pois, qualquer fundamento, no plano jurídico como no plano prático, deixar de atribuir à pessoa colectiva responsabilidade contratual pelos actos dos seus órgãos.

86 Manuel de Andrade, *ob. cit.*, [48], pág. 131. Também neste sentido, afirma Silivina Bacigalupo que, “en este sentido, actualmente las personas jurídicas se encuentran frente al individuo en una situación más favorable al no ser consideradas como sujeto posible del Derecho penal, lo que conlleva resultados político-criminales no deseables”. Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 367.

87 Note-se que, aquela situação de privilégio injustificável, “viria a prejudicar a própria actividade jurídica das pessoas colectivas e por isso mesmo a satisfação dos interesses em vista dos quais se constituíram. Quem tratasse com uma pessoa colectiva saberia que, no caso de as obrigações por ela assumidas não serem fielmente cumpridas por culpa dos seus órgãos ou agentes, não poderia fazer valer contra o património da mesma pessoa a correspondente responsabilidade civil”. Manuel de Andrade, *ob. cit.*, [48], pág. 131.

Já quanto à responsabilidade extracontratual, a não responsabilização da pessoa colectiva perante terceiros pelos danos decorrentes de actos dos órgãos que importem violação do direito de outrem, criaria uma situação estranha e insustentável de “*responsabilidade intermitente*”, pois envolveria a ideia de os órgãos da pessoa colectiva uma vez a representarem – prática de actos lícitos – e outras não – prática de actos ilícitos⁸⁸. Ora, se a pessoa colectiva é admitida a agir juridicamente e beneficia, para tanto, da actuação dos seus órgãos, não pode deixar de se considerar que suporte também as desvantagens inerentes a tal meio de actuação. Assim o impõe o interesse de terceiros e também o da pessoa colectiva⁸⁹. Portanto, para a teoria *organicista*⁹⁰, aquela que vê o

88 Exactly neste sentido, mas agora no plano jurídico-criminal, subscrevemos o entendimento de Volk e Marinucci, que não deixa de expressar uma certa ironia na abordagem ao problema, segundo o qual “è un quesito vitale, che Volk há descritto – quasi come un apologo – in modo plastico, quando ci há detto: sulle pagine economiche dei giornali si leggono annunci o pubblicità del tipo “*Nokia* costruisce cellulari, *Microsoft* fa delle concessioni, *Shell* estrae petrolio, *Ford*: quelli che fanno qualcosa”; “le imprese – prosegue Volk – si fanno quindi attribuire bem volentieri le attività positive: si comportano come i sostenitori della teoria finalistica dell’azione e sostengono che loro, *le imprese*, hanno realizzato i successi voluti”. Ma quando si verifica qualche *effetto dannoso*, la musica cambia: “*non* si deve poter dire: “*Shell* inquina i mare”; perché quando si tratta di “*illegalità*”, si scomoda la teoria dell’*ultra vires*: si tratterebbe sempre dell’errore individuale di un membro dell’equipaggio: un’impresa non sarebbe capace di cose simile!”. Giorgio Marinucci, *ob. cit.*, [8], pág. 1198.

89 De outro modo, ver-se-ia marginalizada, porquanto poucas pessoas queriam correr o risco de com ela estar em relação.

90 Também Lopes Rocha parece defender esta teoria, senão vejamos: “É visível, também, que a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas não têm carácter objectivo, já que pressupõe a prática de um facto criminoso pelos seus “órgãos”, ou seja uma *mens rea* e esta só tem sentido quando referida a pessoas singulares. Daí que a expressão “órgãos” deva ser identificada com as pessoas físicas que, *enquanto*

nexo entre a pessoa e o órgão como uma ligação de tipo orgânico e a única defensável, o próprio acto do órgão – não apenas os seus efeitos – é tratado como acto da pessoa colectiva, o que implica que esta responda perante terceiros por tais actos. Essencial é a existência de responsabilidade da pessoa colectiva perante terceiros, pelo que, se em seguida, no plano interno, há direito de regresso, isto resulta já de outra ordem de considerações.

IV – As exigências político-criminais

A função geral do Direito é a de dirigir o actuar humano na vida social⁹¹, cabendo ao Direito Penal a especificidade de, através das suas reacções, garantir o bem comum da sociedade contra os atentados mais graves que lhe são dirigidos⁹². Por isso mesmo, utiliza o Direito Penal os meios jurídicos de reacção mais

tais, actuam em nome do ente colectivo. É à lei extrapenal que deve naturalmente recorrer-se para o preenchimento desse conceito, cuja generalidade aponta para pessoas que estatutariamente ou de facto praticam actos imputáveis à pessoa colectiva ou, por outras palavras, que integrem a *vontade* desta. Também não parece oferecer dúvidas que a responsabilidade da pessoa colectiva só existirá quando a pessoa singular praticar o facto no exercício das suas funções, isto é, no quadro de uma actividade que interessa ao ente a que tal pessoa está ligada por uma relação funcional.”, Lopes Rocha, *ob. cit.*, [15], págs. 465 e 466. Para maior desenvolvimento ver pág. 467, *maxime*, o entendimento de Mireille Delmas-Marty.

91 Manuel da Costa Andrade, citando Mattes, afirma a sua adesão à crença de que “o objecto e a tarefa da ordem jurídica não é a delimitação e protecção de esferas individuais mas a *Ordnung des Mitseins*”. Manuel da Costa Andrade, *Contributo Para o Conceito de Contra-Ordenação (A Experiência Alemã)*, in Revista de Direito e economia, Anos VI / VII 1980/1981, pág. 106.

92 No entanto, e como salienta Cavaleiro de Ferreira, “isto não impede, porém, que haja uma fundamental convergência quanto ao objecto do

gravosos, quer para o património quer para a liberdade da pessoa, surgindo a aplicação de penas como uma “amarga necessidade num mundo de seres imperfeitos como são os homens”. Com Franz v. Liszt, para além da dogmática do Direito Penal, começou a prestar-se atenção para outros domínios integrantes da chamada *Gesamtstrafrechtswissenschaft*⁹³, caso da política criminal, da qual depende o reconhecimento de que a tarefa social de luta e de prevenção criminal pressupõem a definição das estratégias de controlo social do fenómeno crime, e da criminologia, que aponta para o conhecimento empírico sobre a ocorrência da criminalidade e suas causas.

No entanto, se para Liszt no seio da ciência conjunta ou global do direito penal *das Strafrecht ist die unübersteigbare des Kriminalpolitik*, hoje, porém, o entendimento é diverso – ganhou a política criminal “uma posição de autonomia e mesmo de transcendência perante as restantes ciências criminais”^{94 95}.

direito, que é sempre a actividade humana na vida em comunidade.”
Cavaleiro Ferreira, *ob. cit.*, [20], págs. 13 e 14.

- 93 Liszt que, como se sabe, reivindicou para a política criminal o estatuto de disciplina autónoma.
- 94 Inflexão cujas réplicas acabaram por influenciar a própria concepção de Estado, materializada na assunção de um Estado de direito material, de cariz social e democrático com íntima ligação ao direito e até a um esquema rígido de legalidade consubstanciado no princípio *nullum crimen sine lege* (Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], pág. 10). Conexão que não impediu todavia o surgimento de um reforço da necessidade de respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas, de uma nova intelecção do esquema metodológico e mesmo metodonomológico que sustenta a concepção estadual referida e, por fim, de uma mais perfeita compreensão das funções que dogmática jurídico-penal, política criminal e criminologia são chamadas a desempenhar.
- 95 Segundo Taipa de Carvalho, “a investigação jurídico-penal tende, hoje, embora com hesitações, a projectar-se para além da restrita dogmática (...) dando prioridade ao *pensamento problemático* face ao pensamento sistemático-dedutivo. (...) o sistema só logra sentido, e assim se legitima,

Ora, como desvendam Figueiredo Dias e Costa Andrade⁹⁶, se, por um lado, as categorias da dogmática jurídico-penal não são apenas “penetradas” por considerações político-criminais⁹⁷, mas também, verdadeiramente determinadas a partir de valorações político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema, por outro lado, a política criminal assume o seu papel de definição dos limites últimos da punibilidade.⁹⁸ Assim, “*a política criminal ganha lugar de topo na ciência conjunta do direito penal*”⁹⁹, assumindo a sua posição trans-sistemática relativamente a este, mas, sendo já intra-sistemática relativamente à concepção de Estado¹⁰⁰, logo, ao próprio sistema jurídico-constitucional. Por sua vez, e como se sabe, dogmática, política criminal e criminologia concorrem conjuntamente – ainda que do ponto de vista científico

quando ao serviço da justa resolução do caso concreto, perdendo todas as suas possíveis e necessárias virtualidades (...) quando se fecha sobre si mesmo”. Taipa de Carvalho, *ob. cit.*, [18], págs. 9 e 10.

96 Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, *Direito Penal*, Coimbra, 1996 (lições policopiadas), pág. 29.

97 Segundo Taipa de Carvalho, constitui a política criminal e a criminologia uma “necessária e adequada expressão da política social geral e, portanto, de uma determinada concepção do Estado e das relações deste com a sociedade e com a pessoa humana”, pelo que os seus princípios “deverão penetrar na dogmática penal”. Taipa de Carvalho, *ob. cit.*, [18], pág. 10.

98 “Igualmente são razões de política criminal que decidem da incriminação ou não incriminação de certos factos”, Eduardo Correia, *Direito Criminal*, *ob. cit.*, [19], pág. 8.

99 Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, *ob. cit.*, [96], pág. 30.

100 Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], págs. 11 e 12.

constituam âmbitos autónomos – em uma “unidade teleológico-funcional”^{101 102}.

Tendo em conta estas considerações sumárias e introdutórias da temática acabada de compreender, cumprirá agora centrar a nossa preocupação no esforço de indagar a “elasticidade” de tais considerações quando postas à prova quanto ao problema da responsabilidade criminal das pessoas colectivas. No fundo, caberá perceber se, naquilo que ao problema da responsabilização criminal das pessoas colectivas diz respeito, as exigências político-criminais podem – não *de per si*, ou seja com força própria autónoma¹⁰³ –, ser vistas como um apelo dirigido à imperiosa necessidade de responsabilizar aqueles entes no seio do Direito Penal ou, se pelo contrário, ainda que tal apelo exista efectivamente, não poderá ele ser abraçado sem que se quebre a elasticidade do sistema e sua correcta compreensão jurídico-penal¹⁰⁴.

101 Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, *ob. cit.*, [96], pág. 36.

102 Jorge de Figueiredo Dias, *Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime* 1ª Parte, (*Sobre os fundamentos da doutrina e a construção do tipo ilícito*), in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, Fasc. 1, 1ª AEQUITAS, pág. 15.

103 Uma vez que, como refere Costa Andrade, “não será realista contar encontrar na experiência legislativa uma lógica capaz de lhe emprestar racionalidade e sentido unívoco. Não seria outrossim realista acreditar que bastaria lograr um consenso em torno de um conjunto articulado de princípios de política criminal para se garantir, sem mais, a coerência das reformas futuras. A tal se oporão, desde logo, os lastros de moralismo e de tabu que povoam as representações colectivas da comunidade destinatária da legislação criminal. Como a tal se oporá a propensão do legislador para ceder à tentação do mimetismo face àquelas representações, já que legislar é, sempre, um acto *político*”. Manuel da Costa Andrade, *ob. cit.*, [91], pág. 120.

104 Também José de Faria Costa entende que, “de todo o modo, demonstrada fica a inoperância (...) do ordenamento penal no momento em que se consideram insusceptíveis de punição as pessoas colectivas. Porém,

Em suma, o problema das exigências político-criminais aqui pressuposto reside em indagar se, independentemente de razões dogmáticas, a proliferação das pessoas colectivas e sua inegável influência na vida económica, quando jurídico-penalmente desvaliosa, obriga a recorrer às sanções mais gravosas existentes na ordem jurídica, com o intuito de defesa social contra as actividades e resultados ilícitos que no seu seio surgem, sendo certo que, entendemos existirem razões válidas e consolidadas no âmago da Política Criminal a exigirem a responsabilização que temos vindo a tratar¹⁰⁵. Como referem Gustavo Eduardo Aboso/Sandro Fabio Abraldes, *desde el punto de vista de la política criminal, la respuesta del derecho penal no puede ser evasiva en este terreno. Es necesario, en consecuencia, formular en lo inmediato una clara y firme réplica contra este tipo de criminalidad organizada, lo cual seguramente redundará en beneficio de una mejor y más equitativa aplicación de la ley penal*¹⁰⁶. Ganha assim toda a pertinência a afirmação segundo a qual, “uma ciência jurídico-penal que nada tenha a oferecer às necessidades correctamente entendidas da

não seremos nós que em nome da eficácia advogaremos uma qualquer entorse relativamente aos princípios fundamentais que norteiam o direito penal historicamente situado”. José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], págs. 507 e 508.

- 105 Segundo Jescheck, a Política Criminal, “se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho Penal, pondera los límites hasta dónde puede el legislador extender al Derecho Penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el Derecho Penal material se halha configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el Proceso Penal”. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, I, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 30.
- 106 Gustavo Eduardo Aboso/Sandro Fabio Abraldes, *ob. cit.*, [17], pág. 194.

Política Criminal, não só se torna em peça decorativa inútil, como é falsa”¹⁰⁷. De qualquer forma, terá de ser feito obrigatoriamente um importante alerta, no sentido de que, “as próprias categorias que presidem ao discurso da criminalização (...) são categorias pragmáticas, abertas à produção da realidade, tanto em sede de diagnose como de prognose, e, por isso, expostos ao risco do erro e da variabilidade. Saber se um dado perigo pode ser suficientemente prevenido através das sanções civis ou de ordenação social ou se, pelo contrário, reclama a *ultima ratio* que são as reacções criminais, eis uma questão onde não podem esperar-se respostas unívocas nem soluções vinculadas”^{108 109}.

Face ao exposto, subscrevemos por inteiro as palavras de Figueiredo Dias, segundo o qual, *se, em sede político-criminal, se conclui pela alta conveniência ou mesmo imperiosa necessidade de responsabilização das pessoas colectivas em direito penal secundário, não vejo então razão dogmática de princípio a impedir que elas se considerem agentes possíveis dos tipos-de-ilícito respectivos*¹¹⁰. Ou seja, estamos aqui perante um daqueles casos em que a doutrina jurídico-penal tem apelado insistentemente para que as considerações político-criminais não cedam face a outro

107 Assim o afirma Kohlrausch *apud* Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], pág. 12.

108 Manuel da Costa Andrade, *ob. cit.*, [91], págs. 119 e 120.

109 Na presente consideração do problema não poderão esquecer-se as palavras de Jescheck, segundo o qual, *no todo lo que aparece como eficaz es también justo*, pelo que a justiça materializada na Política Criminal terá necessariamente de referir o “principio de culpabilidad, el principio de Estado de Derecho y el principio de humanidad”. Jescheck, *ob. cit.*, [105], pág. 30.

110 Jorge de Figueiredo Dias, *Para Uma Dogmática do Direito Penal secundário. Um Contributo para a Reforma do Direito Penal Económico e Social Português*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra, 1998, pág. 68.

tipo de considerações¹¹¹. Assim, e reafirmando que “no domínio das ciências criminais (...) o tempo presente é, por excelência, o tempo da Política Criminal”¹¹², diremos que o problema jurídico - penalmente relevante -, atenta a sua necessária configuração como problema social, irá procurar soluções (também) *nas e em consonância com* as proposições fundamentais da Política Criminal. Daí o alerta de Faria Costa ir no sentido de que para se punir criminalmente as pessoas colectivas, é necessário encontrar *uma racionalidade (material) que se não pode compaginar com a mera relevância de uma «necessária eficácia»*¹¹³. Ou seja, as várias razões que levaram à aceitação da punibilidade criminal dos entes colectivos, mais não constituem que a mera constatação factual da realidade. Urge assim indagar qual o fundamento de tal punição, bem como saber *até que ponto uma tal punição se articula legitimamente com os princípios fundamentais do direito penal*¹¹⁴. Resumidamente: até onde vai a elasticidade do sistema (aqui tomado no seu significado mais lato) quando confrontado com o problema pressuposto?

“Uma Política Criminal que se queira válida para o presente e o futuro próximo e para um Estado de direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”¹¹⁵. Ora, deste importante excerto podemos liofilizar dois grandes corolários. Em primeiro lugar, é certo dever o

111 Ainda assim, é a Política Criminal a ceder, o que não deveria acontecer. Conferir Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], n.º 10, pág. 10.

112 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], págs. 5 e 6.

113 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 508.

114 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 508.

115 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], pág. 13.

Direito Penal apenas intervir quando esteja em causa uma lesão de bens jurídicos por si protegidos, que possa atentar contra a sã convivência comunitária, ela própria condição indispensável da livre realização do Homem e de uma sã convivência consigo mesmo¹¹⁶. Um segundo corolário que dali se retira é o de que, não é menos certo que quando tal se verifique, deve o Direito Penal, sem qualquer temor, ser chamado a intervir¹¹⁷.

Num Estado de Direito material, respeitador da dignidade humana, todo o exercício do *ius puniendi* terá de ser legitimado à luz da CRP, sob égide do princípio da irradiação constitucional. Refere Jakobs que o Direito Penal se legitima formalmente através da adequação das leis penais com a Constituição. A legitimação material reside no facto de as leis penais serem necessárias para a manutenção da ordem social e do Estado^{118 119}. Assim, como refere

116 Noutros termos, “onde possam ser considerados suficientes meios não criminais de política social, a pena e a medida de segurança criminais não devem intervir Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], pág. 17.

117 Atente-se no pensamento de Tiedemann: “si bien la primacía de dichas sanciones extrapenales (civiles, concretamente) obedece a la idea de que el Estado no debe servirse del Derecho Penal más que como *ultima ratio*, y si bien, por consiguiente, dichas sanciones y acciones civiles funcionan como sustitutos de las de carácter penal (en sentido estricto) o administrativo-penal, no por ello queda olvidada la tarea social de protección a cargo del Derecho Penal. Esta protección de la parte débil en la vida económica puede conducir a la necesidad de actuar oficiosamente contra los abusos, sin esperar la iniciativa privada de la víctima”. Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito*, Editorial ariel, S.A., Barcelona, 1985, pág. 153.

118 No sentido exposto, Günther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 44.

119 No campo do Direito Penal, os bens jurídicos protegidos constituirão uma ordenação axiológica como aquela que, necessariamente, preside à própria CRP. Como é consabidamente notório, a relação estabelecida entre as duas ordens é fundada numa analogia substancial fundada na

Figueiredo Dias¹²⁰, a necessidade social torna-se em critério importantíssimo e decisivo da legitimação da intervenção do Direito Penal, assumindo-se este como *ultima ratio* da política social¹²¹. Ainda que, como se viu, não baste a mera proclamação de uma necessidade social para que se punam criminalmente as pessoas colectivas, dúvidas não restam que tal necessidade assume importância vital quando se trata de resolver a questão de saber se deve ou não o Direito Penal ser chamado a intervir¹²². Entendendo-se no sentido afirmativo quanto a tal intervenção, então a imposição da pena criminal terá de basear-se unicamente na necessidade de prevenção, o que não implica, claro está, o afastamento liminar da culpa do âmbito do discurso jurídico-penal, mas “tão-só” vê-la unicamente como pressuposto da aplicação da pena, já não funda-

existência de uma correspondência de sentido, em que a Constituição surge como referência, mas também como critério que regula aquela actividade punitiva do Estado e que se catalogará como necessária e aceitável.

120 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], pág. 16.

121 Para a conclusão insita neste postulado, muito contribuiu o papel pioneiro do *Alternativ - Entwurf eines Strafgesetzbuches* de 1966.

122 Uma outra concretização desta primeira proposição consubstancia-se na possibilidade de se distinguir materialmente o Direito penal clássico, de justiça, do Direito Penal secundário ou económico-social. Em ambos estão em causa comportamentos lesivos de bens jurídicos, simplesmente no primeiro está em causa de forma mais intensa o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, “enquanto os do direito penal secundário se relacionam com a actuação da personalidade do homem enquanto fenómeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela. Por isso os primeiros se devem considerar concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, e os segundos concretizações dos valores ligados aos direitos sociais e à organização económica contidos na Constituição”. Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], pág. 18.

mento, como forma de limitação do poder estadual e consequente garantia do respeito pela liberdade individual¹²³.

Qual o papel deixado à dogmática jurídico-penal? *A função primordial da dogmática haverá de consistir em (...) estabelecer a formulação de critérios de valor funcional-teleologicamente orientados*¹²⁴. Surpreender-se-á a função da dogmática, na procura de soluções justas e adequadas para os concretos problemas da vida de interacção comunitária, projectando-se funcionalmente o caso concreto no “contexto do sistema teleológico-racional do direito penal, aí tratado e (...) resolvido”¹²⁵. Como sintetiza Figueiredo Dias, “na *justa* resolução do problema posto por cada caso jurídico-penal¹²⁶ e na *posterior* integração daquela no sistema – assim transformado, de sistema apriorístico fechado, em sistema aposteriorístico aberto¹²⁷ – consiste a exacta função da dogmática jurídico-penal”^{128 129}.

Face ao exposto, defendemos que a legitimação da intervenção penal resultará de critérios funcionais de necessidade

123 Sobre os fins das penas, conferir o texto que temos vindo a analisar, págs. 24 a 33. Ver ainda Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, *ob. cit.*, [96].

124 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], pág. 15.

125 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [102], pág. 20.

126 Transcrevemos a conhecida frase de Savigny, segundo o qual “es ist als ob dieser ‘Fall’ der Anfangspunkt der ganze Wissenschaft wäre, welche von hier aus erfunden werden sollte”. Neste sentido, ver ainda Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [102], pág. 22 e Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], pág. 11. Finalmente, Jorge de Figueiredo Dias, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra, 1983, págs. 237 e ss.

127 Para desenvolvimento da dupla vertente do problema metodológico ver Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [102], págs. 13 e ss.

128 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [5], pág. 11. Também neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [102], pág. 14.

129 “A justiça só se encorpora na própria realidade, no caso concreto”. Cavaleiro de Ferreira, *ob. cit.*, [20], pág. 34.

e utilidade social, fundando-se a aplicação de toda a pena em propósitos de prevenção geral positiva, isto é, na estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na vigência e validade da norma violada¹³⁰ - *el Derecho Penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos*¹³¹. Ora, é inescapável a consideração segundo a qual o sistema jurídico-penal¹³² é um “sistema autopoietico”, “unidade axiológico-funcional” de concepções teleológico-funcionais ou teleológico-rationais, mas também permeável a considerações axiológicas e critérios de validade e de intencionalidades normativa¹³³, afirmação que não deixa de se traduzir num “pronunciamento a favor de argumentos de pura “engenharia social”. Face a tal consideração, merece referência, no âmbito da problemática em análise, o facto de, no meio do sistema social, viver um subsistema, o jurídico, ele próprio que vê desenvolver-se dentro de si o subsistema jurídico-penal¹³⁴. Desta forma, a necessidade de responsabilizar com penas criminais as

130 Como refere Jakobs, “Estas expectativas son de carácter cognoscitivo, lo que quiere decir que en caso de decepción se ha errado el cálculo y hay que volver a aprender, o sea *calcular mejor pro futuro* - llegar a ser judicioso por medio de la experiencia...”. Günther Jakobs, *ob. cit.*, [118], pág. 10.

131 Jescheck, *ob. cit.*, [105], pág. 9.

132 Também sobre o sistema jurídico-penal, conferir Cavaleiro de Ferreira, *ob. cit.*, [20], págs. 32, 33 e 34.

133 Refere Jorge de Figueiredo Dias que, a justiça do caso “deve sempre sobrepor-se a considerações puramente sistemáticas; mas também conduzir ao reexame ou ao reajustamento do significado, meramente operacional e coadjuvante, dos conceitos para a aplicação ou realização do direito. (...) Sistema que em cada dia se vai refazendo porque em cada dia a dogmática vai sendo confrontada com novos problemas; ou com problemas velhos mas que, à luz de uma nova ou mais perfeita compreensão da teleologia, da racionalidade e da funcionalidade do sistema, reclamam novas soluções”. Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [102], págs. 20 e 21.

134 Neste sentido, ver Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [102], pág. 17.

peessoas colectivas acaba por revelar-se na sua actuação ilícita, ilicitude que ultrapassa hoje as demarcações levadas a cabo pela ilicitude cível ou comercial, e que, como tal, atenta contra bens jurídicos penalmente protegidos. Haverá aqui, em determinados casos, uma violência qualificada no actuar de certas pessoas colectivas, a que o Direito Penal tem de dar resposta, sob pena de frustrar a consecução dos fins que prossegue, como é o caso do papel garantístico – não só ao nível da esfera individual de cada um, mas também ao nível da chamada *Ordnung des Mitseins* e da ainda da própria comunidade – que inegavelmente detém e terá de expressar.

V – Sociedade, direito criminal, pessoas colectivas. Subsidiariedade?

Resulta já das considerações que acabámos de tecer, que a crítica por vezes feita à responsabilização criminal dos entes colectivos, com base na ideia de que o Direito Penal só deverá actuar como *ultima ratio* da política social, é, no nosso entendimento, absolutamente errada, tanto mais nos dias de hoje e até, poderemos dizê-lo, no futuro próximo que nos “persegue”. Se existe uma necessidade social a exigir a intervenção do mundo jurídico, então, naturalmente, a tal necessidade terão de acorrer primeiramente os ramos de Direito que utilizam cominações menos pesadas. Assim o impõe o princípio da subsidiariedade. No entanto, mostrando-se que tais medidas se revelam incapazes – como se tem verificado no caso da violência perpetrada pelas pessoas colectivas – de apartar a ilicitude das condutas que são tomadas como altamente desvaliosas, em termos tais que são postos em perigo bens jurídicos com inegável valência jurídico-penal, surge assim como

imprescindível convocar o ramo de Direito que utiliza as reacções mais gravosas^{135 136}.

Abrindo mão de uma outra analogia, diremos que a não responsabilização criminal das pessoas colectivas pode criar uma situação em que a teia penal seja suficiente para apanhar os pequenos agentes que nela caíam, rompendo, todavia, logo que a dimensão e potencialidade criminosas do agente que com ela contacte, seja maior. Para evitar não só a quebra do sistema jurídico-penal, mas também, como se viu, a do sistema jurídico globalmente considerado, pensamos ser uma medida razoável e urgente, a responsabilização criminal dos entes colectivos. No entanto, não o ignoramos, a teia a construir deverá possuir consistência dogmático-doutrinal forte. Que mais não é que o “*quid agregador*”, “a “racionalidade material” referida por Faria Costa. A

135 Refere Jescheck que, *cuando otras medidas y posibilidades fracasan, el Derecho Penal asegura, en última instancia, la coercibilidad del orden jurídico positivo*. Jescheck, *ob. cit.*, [105], págs. 4 e 5. O Autor desenvolve também o princípio da intervenção mínima nas págs. 11 e 12. A este propósito refere também Jakobs que o princípio da subsidiariedade constitui a variante penal do princípio constitucional da proporcionalidade, segundo o qual não estará legitimada a intervenção penal se se puder alcançar o mesmo efeito com o recurso a outras medidas menos drásticas. Jakobs, *ob. cit.*, [118], págs. 60 e ss.

136 Nesta medida seria, por isso, pelo menos injusto ou insensato continuar a ignorar os dados que a realidade criminológica oferece. Como lembrou um Procurador Geral escandinavo, “um sistema de jurisprudência unicamente dirigido contra a criminalidade de tipo tradicional (...) pode justamente ser criticado e acusado de pescar o peixe miúdo e deixar escapar o peixe grosso”. (...) “Não pode esquecer-se que a vida dos negócios é caracterizada por um certo risco e que a procura de lucros é o motor de toda a actividade económica. Não podendo abstrair destas realidades, o legislador penal só deve intervir quando se ultrapassam as fronteiras naturais do risco inerente a toda a vida dos negócios e quando o espírito de lucro impele o agente a violar as regras do jogo económico, sem as quais o próprio sistema é posto em cheque”. Lopes Rocha, *ob. cit.*, [15], pág. 481.

tarrafa será bem sucedida, se se possibilitar oferecer ao intérprete-aplicador instrumentos político-criminalmente alicerçados e, muito importante, operáveis na prática, ou seja, no dia a dia em que os tribunais são chamados a pronunciar-se sobre o tema. O que pretendemos afirmar, é que no momento em que o julgador é confrontado com a questão de saber como punir criminalmente a pessoa colectiva, de nada lhe servirá uma teoria – seja ela qual for – que o não ajude a resolver os intrincados problemas da capacidade de acção e culpa, e os atinentes à teoria da imputação do facto. Se assim não for, não admirará que parte da doutrina e jurisprudência se mantenham impenetráveis à admissibilidade da responsabilização de que tratamos. E pior, neste caso, somos obrigados a constatar que tal resistência – quer se queira, quer não – é legítima. Daí o apelo dirigido ao esforço doutrinário que cada país tem feito e deverá continuar a fazer, no sentido de evitar chegar ao ponto de estudarmos e vivermos rodeados de leis que mais não são do que... letra morta. É com o objectivo de evitar esta situação, e com a convicção de que a responsabilidade criminal das pessoas colectivas é uma necessidade jurídico-social inarredável, que entendemos ser a explanação das necessidades que a nível político-criminal se fazem sentir neste contexto, fulcral. A construção de um pensamento e sistema teleológico-funcional e racional da doutrina do crime, implica a construção de alicerces cimentados no estabelecimento importantíssimo das finalidades político-criminais primárias do próprio sistema, sintetizados por Figueiredo Dias em cinco princípios básicos: legalidade, congruência entre a ordem legal dos bens jurídicos e a ordem axiológica constitucional, culpa, socialidade e preferência pelas reacções criminais não detentivas face às detentivas. Claro que, como veremos posteriormente, em face da específica natureza do agente que tratamos, alguns deste corolários merecerão algumas adaptações. Ora, uma vez que inquestionavelmente “hablar del derecho penal

es hablar, de un modo o otro, siempre de violencia”¹³⁷, há que perceber e compreender esse fenómeno no seu contexto, contexto este que se transmuta e assume importância autónoma diferente ao longo dos tempos em que se analisa. Assim, a violência não é algo de a-histórico, mas antes, um fenómeno que tem de ser entendido, explicado e combatido atendendo ao seu específico contexto genético. Se a responsabilização criminal das pessoas colectivas não se justificava de forma tão acentuada anteriormente, quer a nível de realidade criminológica, quer a nível de construção dogmático-criminal, hoje, dificilmente se compreenderá a posição que a nega, muito menos quando tal rejeição se encontra ancorada na tese da incapacidade de acção e culpa de tais entes¹³⁸. A actuação da pessoa singular no mundo, por intermédio da pessoa colectiva, constitui também uma das várias formas da sua realização enquanto ser livre, enquanto forma corporizada de liberdade de desenvolvimento da sua personalidade. A pessoa humana escolhe atingir determinadas finalidades, que contribuirão para sua própria construção numa inter-vivência em comunidade, através do ente colectivo. Acontece que, por vezes, e cada vez mais nos tempos actuais, tal “instrumentalização finalística” do ente colectivo realiza-se de forma sancionada pelo ordenamento jurídico-penal. Realidade que se torna altamente complexa, se se tiver em conta que, em princípio¹³⁹ e por definição, a pessoa colectiva envolve a actuação de várias pessoas, daqui resultando sérias dificuldades quando se pensa em punir não a pessoa singular que actua no seio de uma pessoa colectiva, mas esta mesma realidade construída._

137 Muñoz Conde, *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, págs. 14 e 15.

138 Sendo que a existência humana não é sempre idílica ou pacífica, mas antes conflituante, a violência não surge apenas como característica do Direito Penal, pelo que, “la violencia es, por tanto, consubstancial a todo sistema de control social”. Muñoz Conde, *ob. cit.*, [137], pág. 21.

139 Isto porque há os casos das chamadas sociedades unipessoais.

Note-se que, estruturalmente, a norma penal não diferirá de qualquer outro tipo de norma, social ou jurídica. Diverso é já o seu conteúdo, bebendo o Direito Penal a sua legitimação de actuação com os seus meios específicos, na existência de um tipo de sociedade que precisa dele para manter as condições básicas e essenciais de uma sã convivência entre os homens, especialmente quando falamos de uma sociedade moderna altamente tecnificada^{140 141}. Neste contexto surgirá o problema da responsabilização criminal das pessoas colectivas.

Como ensina Faria Costa, o Direito Penal, contrariamente, por exemplo à sociologia, consegue através das suas cominações alterar o real construído. Ora, se a criminalidade, *maxime*, a criminalidade de colarinho branco se desenvolve e adquire proporções que, em valor, ultrapassam dez a cem vezes o que nos obstinamos a chamar de direito comum, não é somente a nossa terminologia que fracassa – é a nossa sociedade, é o nosso sistema económico que estão ameaçados. Estas ideias alinham com as modernas

140 “La pena (o, en su caso, la medida de seguridad), es una condición indispensable para el funcionamiento de los sistemas sociales de convivencia o, como dice el Proyecto Alternativo alemán de 1966 redactado por un grupo de penalistas, “una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres””. Muñoz Conde, *ob. cit.*, [137], pág. 121.

141 Note-se que, assim como Muñoz Conde, não se adere neste sentido à chamada teoria sistémica aplicada ao Direito Penal, que se apoia na ideia chave segundo a qual o delito mais não é que simples expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao sistema social. Crítica à teoria sistémica aplicada ao direito penal em Muñoz Conde, *ob. cit.*, [137], págs. 26 e ss, e pág. 122.

tendências para consagração da responsabilidade criminal das pessoas colectivas^{142 143}.

Acreditamos, por isso, que nesta forma de analisar os problemas, converter-se-á o Direito Penal em *instrumento de cambio y progreso hacia una sociedad más justa e igualitaria, denunciando además sus contradicciones y las del sistema económico que lo condiciona. Tan absurdo es aceptar globalmente de un modo acritico el Derecho penal, como rechazarlo también globalmente calificándolo despectivamente de “brazo armado de la clase dominante”*¹⁴⁴, pelo que, “nada hay científicamente más torpe que

142 Neste sentido, Enrique Ruiz Vadillo *apud* Lopes Rocha, *ob. cit.*, [15], pág. 484. Ver ainda, Jescheck, *ob. cit.*, [105], pág. 4.

143 Recorrendo uma vez mais ao entendimento de Lopes Rocha, acompanhamos este Autor quando afirma que “a necessidade de infligir sanções às pessoas colectivas é sentida por toda a parte. (...) O desenvolvimento das actividades delituosas das associações comerciais, industriais ou financeiras coloca angustiantes problemas aos legisladores preocupados com a protecção da sociedade contra a criminalidade ascendente desses grupos. A essas novas manifestações da delinquência deve responder-se com novos modos de repressão”. Refere o Autor que, entre as razões de *ordem prática* que exigem a responsabilização criminal dos entes colectivos figuram as seguintes: por um lado, “o número de pessoas colectivas aumenta constantemente e as suas actividades constituem, para a colectividade, um perigo tanto mais grave quanto é certo que tais actividades dimanam de associações que frequentemente representam forças sociais extremamente poderosas (*holdings*, sociedades multinacionais, etc.)”, por outro, “a responsabilidade penal dos órgãos e dos prepostos da pessoa colectiva é, por vezes, inoperante, porque se os tribunais lhe aplicam uma pena privativa de liberdade, esta sanção não tem nenhum efeito dissuasor relativamente ao ente colectivo; e se são condenados numa pena pecuniária, acontece que são, com frequência, pessoas insolventes enquanto que o património da pessoa colectiva constitui, em regra, uma garantia da boa execução da pena”. Lopes Rocha, *ob. cit.*, [15], pág. 480 e 438.

144 Muñoz Conde, *ob. cit.*, [137], pág. 47.

querer transformar la realidad al margen de la realidad misma”¹⁴⁵, afirmação que pode, ainda que apenas em parte, justificar a necessidade desta exposição também em um certo nível sociológico¹⁴⁶.

Concluindo, foi porque se teve em conta que as exigências pragmáticas da política criminal se deviam sobrepor aos preconceitos filosóficos, que *aquele princípio* (o da individualidade da responsabilidade penal) *voltou a ser discutido a partir do Congresso Internacional de Direito Penal em Bucareste (1929)*¹⁴⁷. No Quinto Congresso realizado em Genebra, em 1975, a correlação entre criminalidade de colarinho branco, o crime como negócio e a criminalidade organizada foram as questões discutidas, mostrando-se a necessidade de actuar urgentemente no sentido de deter a expansão da criminalidade económica que na corporação, empresa, sociedade, etc., jogavam papel significativo¹⁴⁸.

145 Muñoz Conde, *ob. cit.*, [137], pág. 118.

146 Segundo Aglaia Tsitsouras, “...el abuso del poder, que comprende las operaciones criminales de las grandes empresas – frecuentemente multinacionales – que, sintiéndose poderosas, se creen por encima de la ley” Aglaia Tsitsouras, *La Criminalidad Económica. Actividades del Co sejo de Europa*, in *Los Delitos Socio-Económicos*, Edición de Mari Barbero Santos, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, pág. 61. Refer. ainda a Autora que, “el tema del reconocimiento de esta responsabilidad (penal) es muy importante en el campo de la criminalidad económica, muy frecuentement cometida por personas jurídicas (sociedades, etc.) (...). Todas las Resoluciones y Recomendaciones del Consejo de Europa sobre los asuntos de criminalidad económica invitan a los Gobiernos a introducir esta responsabilidad, o a establecer instituciones con el mismo objetivo”.

147 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [110], pág. 67.

148 Como refere Manuel López Rey e Arrojo, - “Respecto a la criminalidad económica se indicó (no âmbito das resoluções das Nações Unidas) que prodia ser financeira, bancaria, industrial, tecnológica, etc. y se subrayó el papel, aunque no único, que jugaban en ella las multinacionales cuyo número según datos entonces existentes superaba el de 6.000 y la capacidad financeira de las cien “grandes” superaba la cifra del producto

Também neste sentido, afirma-se no Parecer da Procuradoria Geral da República sobre responsabilidade criminal das pessoas colectivas¹⁴⁹ que, *a responsabilidade criminal ou por contra-ordenações que, nos últimos decénios, o legislador nacional vem imputando às pessoas colectivas, (...) assenta numa fundamentação essencialmente pragmática do combate a esses tipos de criminalidade, em abandono progressivo do brocardo «societas delinquere non potest»*. É que, o Direito Penal e a Criminologia descobriram na empresa “um centro susceptível de gerar ou de favorecer a prática de factos penalmente ilícitos, porque de repercussão desvaliosa no tecido económico-social”¹⁵⁰. Refere Faria Costa que ela surge em lugar paralelo ao que o agente assume ao nível da doutrina geral da infracção penal, aparecendo no xadrez da discursividade jurídica e jurídico-penal, “como entidade capaz de suportar legitimamente o fluxo de direitos e deveres decorrentes de qualquer centro de imputação”¹⁵¹. Como se sabe, as infracções praticadas pelas pessoas colectivas arrastam consigo um manancial de devastação, resultante da reunião de forças económicas e de vária ordem, que provocam um volume e intensidade de lesões impensáveis num indivíduo singular¹⁵². Assim, reafirmamos a

nacional bruto de todos los países excepto los Estados Unidos”. Manuel López Rey e Arrojo, *ob. cit.*, [52], pág. 43.

149 Parecer da P.G.R. n.º 10/94 de 7 de Julho de 1994, in *www.dgsi.pt*.

150 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 505.

151 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 506.

152 “La criminalidad económico-social (...) adquiere una importancia y extensión mucho mayor que la de la criminalidad común contra el patrimonio o la propiedad”. Manuel López Rey e Arrojo, *ob. cit.*, [52], pág. 39. Ver ainda, João Castro e Sousa, *ob. cit.*, [17], pág. 88. Refira-se apenas que não concordamos com este Autor, quando submete a expressão “infracções das pessoas colectivas” ao crivo das aspas, uma vez que defende conclusão completamente contrária à que se postula neste trabalho, e que é precisamente a de que “não pode falar-se, em rigor, de uma “criminalidade das pessoas colectivas” em sentido jurídico.

defesa de que “os entes colectivos devem ser penalmente perseguidos, porque a sua responsabilidade permite repartir melhor as sanções repressivas e atingir não apenas os indivíduos que actuam física e intencionalmente mas também os *guarda-ventos*¹⁵³, atrás dos quais se abrigam e nos quais se depositam os meios materiais propícios à sua acção. Como refere Tiedemann¹⁵⁴, “quien observe atentamente el desarrollo de la vida económica y de su regulación jurídica descubrirá que su creciente complejidad ha dado lugar a una polifacética estratificación de intereses cuya cobertura y evaluación se hacen prácticamente imposibles con las descripciones clásicas de los delitos patrimoniales”¹⁵⁵.

Para tal seria necessário que as pessoas colectivas pudessem praticar crimes, pudessem ser sujeitos activos de infracções criminais, o que não é admissível”. Este será um dos casos em que se admite existirem razões de política criminal a exigir a responsabilização criminal das pessoas colectivas, mas se defende que a estas não pode ser aplicada a responsabilidade penal.

- 153 “Se agregó que en tales delitos la cooperación de “hombres de paja”, de abogados, políticos, técnicos, funcionarios e intermediarios de muy diversa condición era frecuente”. Manuel López Rey e Arrojo, *ob. cit.*, [52], pág. 43.
- 154 Klaus Tiedemann, *ob. cit.*, [117], pág. 28.
- 155 O Autor ilustra esta afirmação com o exemplo do crime de *insider trading*, e ainda, “particularmente, en los casos de consorcios, cuando la sociedad matriz ordena a una de sus filiales la realización de operaciones que, para ésta en particular, son directamente desventajosas y, en cambio, lucrativas para el conjunto del consorcio”. São ainda exemplos de outros crimes: “La corporación u organización criminal se da en otros aspectos particularmente en el tráfico ilícito de personas, drogas, objetos de arte, etc.”. Manuel López Rey e Arrojo, *ob. cit.*, [52], pág. 36.

VI – Teorias já avançadas – “A problemática da responsabilidade penal das pessoas colectivas aparece-nos como uma referência indesmentível. Como um problema (solução) que não pode ser adiado”¹⁵⁶

a) Introdução

Várias têm sido as tentativas de edificação de uma solução jurídico-penalmente válida para o problema da responsabilidade criminal das pessoas colectivas. Uma vez que os grandes ataques desferidos a tal responsabilização têm partido quase sempre da consideração do problema da culpa, não é por acaso que as teses que propugnam a necessidade e possibilidade de aplicar uma pena criminal a entes colectivos, tenham também centrado grande parte da sua preocupação nos intrincados problemas que a culpa inarredavelmente pressupõe. Nesta medida, ousamos afirmar que aquele que estuda e se debruça sobre o problema da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, em certa medida, pode ser equiparado ao cirurgião cardíaco que opera um paciente. Como acontece com a actividade deste último, também aqui se toca num dos pontos mais nevrálgicos, não só da teoria geral da doutrina do crime, mas também de todo o Direito Penal. Este “bulir” naquilo que de mais sensível existe em tal construção tem implicações fascinantes que podem abrir portas que sempre se julgaram fechadas. No entanto, como em tudo, existe o outro lado da lua, que neste caso se traduz no risco de tal esforço dogmático-doutrinal não correr de acordo com as “legis artis” e, como tal, encontrarem-se soluções não sustentáveis pelos grandes pilares do Direito Penal. Analisemos alguns desses esforços que procuram sustentar a viabilidade de aplicar uma pena criminal aos entes colectivos.

156 José de Faria Costa, *Direito Penal Económico*, ob. cit., [2], pág. 51.

b) Klaus Tiedemann¹⁵⁷

Na doutrina alemã, um dos grandes defensores da necessidade de responsabilização criminal das pessoas colectivas tem sido Klaus Tiedemann¹⁵⁸, que a legitima na chamada *Organisationsverschulden oder Organisationsfehler*, isto é, a “culpa por defeito da organização”. Para chegar a tal afirmação, Tiedemann terá necessariamente de substituir o conceito de culpa tradicional, genética e intimamente ligado a um certo conteúdo ético-filosófico, uma vez que fora pensado para aplicação exclusiva a seres humanos, por um conceito cuja tónica assenta em categorias unicamente sociais e jurídicas. Assim, a culpa em questão referencia a necessidade de qualquer pessoas colectiva tomar as devidas precauções para que, em seu nome, e, como tal, vinculando-a, um seu representante não delinqua¹⁵⁹. Ou seja, Tiedemann parece querer criar aqui um campo de defesa adiantado, que se traduz na exigência de uma pessoas colectiva estar antecipadamente prevenida e organizada, de modo

157 Fundamental para a compreensão da posição do Autor é o texto, Klaus Tiedemann, *Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en Derecho Comparado*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, n.º 11, Julho-Setembro, 1995, págs. 21 e ss.

158 Na Alemanha, pronunciam-se também como adeptos da possibilidade de punição criminal das pessoas colectivas, Schünemann, Marxen e Brender.

159 Daqui resulta que “... los hechos individuales (hechos de contacto) tienen que ser contemplados como hechos de agrupación en razón de que, y tanto que la agrupación, através de sus órganos o representantes, ha omitido la adopción de medidas de precución que son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado e no delictivo de la actividad relativa al tráfico de empresa”. Klaus Tiedemann, *Die Bebußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zum Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, NWJ, 41 (1998), traduzido por Gracia Martín, “La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Proprias Personas Jurídicas”, in Biblioteca de Derecho Penal – Responsabilidad Penal de las Empresas y sus órganos y Responsabilidad por el Producto, Bosch, pág. 50.

a que se possa precluir a possibilidade de prática de qualquer acção ilícita-típica.

Nestes termos, para Tiedemann, a responsabilidade penal da própria pessoa colectiva – e é essa a única que nos ocupa –, não deriva de um acto alheio, mas antes de um acto prévio – que lhe é imputado –, consubstanciado na omissão de cuidados, cuidados estes que se tivessem sido cumpridos ou assegurados, evitariam que a pessoa colectiva fosse apanhada no turbilhão do crime. Concretizando, “a culpa por defeito da organização” tem a sua génese na omissão, num momento anterior ao da infracção criminal, por parte da pessoa colectiva, de adoptar as medidas necessárias para que o acto punível não tivesse surgido. Claro que, para tal, considera o autor que a estas medidas estava obrigada a pessoa colectiva, sendo-lhe, como tal, exigíveis. Assim, a culpa na organização consubstancia-se na não organização, que surge como facto anterior à prática do crime, daí se falar em defeito de organização.

Note-se que, esta possibilidade de punição por facto anterior ao acto típico e provocador do resultado penalmente desvalorado é, no mundo paralelo da responsabilidade individual, aceite. Basta atentar no caso da punição de um facto ilícito típico em estado de embriaguez, situação prevista e punida no artigo 295.º do Código Penal – a *actio libera in causa*¹⁶⁰.

160 Finalmente, preste-se atenção ao contributo de Marinucci nesta sede, que afirma que, “questa peculiare diversità del rimprovero di colpevolezza che può essere mosso alle persone giuridiche è stata lucidamente posta in risalto – come há segnalato Arroyo – dal Tribunale costituzionale spagnolo nella sentenza 246 del 1991. há detto quel Tribunale supremo: “il principio di colpevolezza” (operante anche per la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, prevista in Spagna quasi nelle stesse materie en cui vige in Italia) “deve essere applicato *in maniera diversa* da come avviene com le persone fisiche: la rrimproverabilità deriva dal fatto di “non stimolare il rigoroso adempimento delle misure di sicurezza” da parte dei dipendenti: è “una responsabilità *propria*”

c) Figueiredo Dias

Começando por referir a “imperiosa necessidade” de ultrapassar o princípio da individualidade da responsabilidade penal na esteira das decisões levadas a cabo a partir do Congresso Internacional de Direito Penal de Bucareste, em 1929¹⁶¹, Figueiredo Dias afirma não existir “razão dogmática de princípio a impedir que elas (pessoas colectivas) se considerem *agentes* possíveis dos tipos-de-ilícito respectivos”¹⁶².

Quanto ao problema da acção, entende-se que a tese da irresponsabilidade criminal das pessoas colectivas só pode fundar-se numa *ontologificação e autonomização inadmissíveis do conceito de acção*¹⁶³, tese que parece esquecer que o conceito de acção tem a virtualidade de lhe poderem ser feitas exigências normativas, pelo tipo-de-ilícito, que o conformem com uma certa unidade de sentido social. Refere ainda o Autor que, “... rejeite-se por igual a legitimidade de a partir de estruturas ônticas ou lógico-materiais pré-jurídicas, se extrair delas, por necessidade, a solução de problemas jurídicos prático-normativos”¹⁶⁴.

O autor resolve o problema da culpa afirmando que, tanto na acção como na culpa, “tem-se em vista um “ser-livre” como centro ético social de imputação jurídico-penal e aquele é o do Homem

della persona giuridica, che trova il suo fondamento nella “carenza di organizzazione” – una chiara allusione, come sottolinea Arroyo, al meno grave e più frequente rimprovero – per “*colpa d'organizzazione*” – che può essere mosso alla persona giuridica per i reati commessi nel corso della sua attività”. Giorgio Marinucci, *ob. cit.*, [8], págs. 1210 e 1211.

161 A mesma preocupação foi sentida posteriormente no VI Congresso Internacional de Direito Penal de Roma, a 27 de Setembro de 1953.

162 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [110], pág. 68.

163 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [110], pág. 68.

164 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [102], pág. 14.

individual”¹⁶⁵. Noutros termos, defende Figueiredo Dias que, sendo o Homem individual um ser livre, e como tal, responsável e responsabilizável pelos seus actos, as suas criações, neste caso as “organizações humano-sociais”, são, à sua própria semelhança, “obras da liberdade” ou “realizações do ser-livre”. Nestes termos, e sob a égide do princípio da identidade da liberdade, desenvolvido por Max Müller, entende Figueiredo Dias que, em casos delimitados, também como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, à pessoa individual pode substituir-se *as suas obras ou realizações colectivas e, assim, as pessoas colectivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser livre se exprime*. Alerta-se, no entanto, para o facto de existir uma contradição inescapável no âmbito da culpa em direito penal económico: se, de um certo modo, ao direito penal económico em certos domínios compete desencadear ou promover a *transformação das representações colectivas no sentido de actualizar a consciência comunitária da especial gravidade das práticas anti-económicas e mobilizar um contributo activo na luta contra elas*, por outro lado, e um pouco contraditoriamente, *o delinquente económico pode frequentemente (...) subtrair-se ao efeito estigmatizante da pena, ou em todo o caso minorá-lo*¹⁶⁶. Existe aqui uma importantíssima nota a reter, que é precisamente o facto de esta contradição implicar que a culpa não jogue aqui apenas o seu carácter limitador, “mas deva antes assumir verdadeiro carácter *fundamentador e constitutivo* da responsabilidade do agente e revelador da censura social de que se tornou passível pela sua actuação.”¹⁶⁷

165 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [110], pág. 68.

166 Jorge de Figueiredo Dias, *Breves Considerações Sobre o Fundamento, o Sentido e a Aplicação das Penas em Direito Penal Económico*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra, 1998, pág. 381.

167 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [166], pág. 381.

Ora, posto isto, torna-se evidente que, para chegar à conclusão da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, o Autor lança mão de um pensamento analógico¹⁶⁸ – não uma ficção –, relativamente aos princípios do direito penal clássico¹⁶⁹. Até porque, a cisão entre a responsabilidade da pessoa colectiva e a responsabilidade de quem actue, a título individual mas como seu órgão ou representante, levaria “à completa *impunidade*, por se tornar impossível a comprovação do nexó causal entre a actuação de uma ou mais pessoas individuais e a agressão do bem jurídico produzida ao nível da pessoa colectiva”. E isto, principalmente quando se lida, como acontece na maioria dos casos de delitos

168 O Autor, depois de afirmar não serem axiologicamente indiferentes as infracções do direito penal económico, defende que, “não me parece impossível, por outro lado, que através de um pensamento analógico se possam e devam considerar as pessoas colectivas (no direito penal económico e diferentemente do que deve suceder no direito penal geral) como capazes de culpa”. Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [166], pág. 381.

169 Como referem Jorge Lopes de Sousa/Manuel Simas Santos, opinião que bebe inspiração do pensamento de Figueiredo Dias, *constitui tal princípio* (o da individualidade da responsabilidade criminal) *uma pura opção normativa, uma vez que se ressalva a hipótese de “salvo disposição em contrário”, aqui implementada. Assim, apenas o homem singularmente considerado pode, em regra, ser sujeito activo de uma infracção criminal, sendo excepcional a responsabilidade criminal das pessoas colectivas. Estas considerar-se-ão capazes de acção e culpa jurídico-penais através de um processo de pensamento filosófico analógico, sendo o legislador que identifica, casuisticamente, os caos em que essa responsabilidade deve ocorrer.* Jorge Lopes de Sousa/Manuel Simas Santos, *ob. cit.*, [35], pág. 82.

económicos, com grandes centros económico-comerciais como por exemplo o caso das multinacionais^{170 171}.

Como advertem Figueiredo Dias/Costa Andrade, este é um dos casos em que as exigências de política criminal devem ser elevadas¹⁷², no sentido de poderem abrir a/na dogmática, uma fissura pelo pela qual passará a necessidade de aceitação da responsabilidade penal das pessoas colectivas – “a pretensa dispensabilidade *político-criminal* da responsabilização penal das pessoas colectivas encobre o preconceito *dogmático* de que só os órgãos individuais daquela são capazes de acção e/ou de culpa jurídico-penal”^{173 174}.

170 As reconhecidas dificuldades de prova que neste domínio se fazem sentir, poderão, no entendimento do Autor, ser superadas recorrendo, por um lado, a “uma adequada técnica legislativa de transformação das incriminações, chamadas de perigo abstracto, que visam só mediatamente a protecção de bens jurídicos individuais, em verdadeiros delitos de desobediência”, os quais promovem imediatamente, ainda que só de forma indirecta, bens jurídicos sociais, e, por outro lado, “o estabelecimento da responsabilidade das pessoas colectivas em direito penal económico”, o que facilitará a comprovação da culpa, que na realidade se aponta à actividade da pessoas colectiva como tal e não à das pessoas físicas que em seu nome actuam.

171 Quanto aos problemas de prova, atente-se nas palavras de Manuel López Rey e Arrojo – “La complejidad de la mayor parte de los delitos que nos ocupa (os económicos) hace que su descubrimiento y prueba no sea fácil en la mayoría de los casos, que la policía en general y la magistratura en particular no se hablle siempre capacitada para establecer la culpabilidad correspondiente”. Manuel López Rey e Arrojo, *ob. cit.*, [52], págs. 38 e 39. Ver ainda, José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 507.

172 Como se viu já várias vezes.

173 Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [110], pág. 69.

174 Concluindo esta temática, refere ainda Figueiredo Dias que fica por resolver, no âmbito da responsabilização criminal das pessoas colectivas, o “problema mais difícil e importante”. Tal é, o da definição da capacidade das colectividades para sofrerem penas e medidas de segurança, e das especificidades de que deve revestir-se. *Brevitatis causa*, permitimo-nos discordar deste último entendimento. Claro que, a extensão do problema

d) Faria Costa

Faria Costa, começando por analisar a realidade sócio-económica em que emerge a empresa, entidade que, como se viu, ascendeu a um estádio caracterizado pela possibilidade de, autonomamente, surgir como centro capaz de gerar comunicação jurídico-penalmente relevante para o campo discursivo criminal, aponta-a posterior e consequentemente como novo centro gerador de responsabilidade¹⁷⁵. Em consequência, a empresa surge como

não permite uma explanação das nossas razões em toda a sua linha. De qualquer forma, diremos que nos parece dogmaticamente defensável a ideia de que a pena de multa – claro está, enquanto pena principal – cumpre as finalidades das penas que com a natureza das pessoas colectivas são compatíveis. O mesmo é dizer que, desta forma a Prevenção Geral positiva consegue ver satisfeitas as suas exigências, não nos parecendo que nesta temática possam desempenhar qualquer papel as necessidades de Prevenção Especial positiva. É uma questão que, como refere o próprio Figueiredo Dias, é ultrapassável com *imaginação e criatividade na elaboração de um largo catálogo de sanções que compensem a inaplicabilidade da prisão*. Acresce ainda o facto de, *enquanto no direito penal geral razões de defesa da dignidade da pessoa, de humanitarismo e de humanização da reacção criminal, conduzem a uma drástica restrição, quando não à inaceitabilidade de penas com efeito de incapacitação ou de inocuização, tal não sucede no direito penal económico e nomeadamente, quando esteja em causa a aplicação de sanções penais a pessoas colectivas. A própria pena capital – o encerramento definitivo da empresa ou a dissolução da pessoa colectiva – não depara aqui com objecções de princípio* (Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, [110], pág. 69.). Neste sentido, tem-se entendido, e bem, que a pena de multa (e em particular, o sistema de dias-de-multa) terá de ser, mesmo pela própria natureza das coisas, a pena-regra para as pessoas colectivas.

- 175 *Sendo as empresas revestidas de forma jurídica, «o mais importante e definido sujeito da vida económica e dos mais influentes no xadrez político, a possibilidade da sua sujeição à tutela punitiva do Estado não é mais do que o contrapólo implícito na dimensão de sujeito activo de direito. A empresa, consubstanciada através da prefiguração jurídica, surge no campo da discursividade jurídica e jurídico-penal como uma*

realidade socialmente relevante, racionalizando-se “através de um conceito de manifesto valor instrumental”, sendo que, ... *é indiscutível que foi a fenomenalidade atinente à criminalidade económica, sustentada na empresa, que sustentou os primeiros estudos, não só criminológicos, mas também de natureza dogmática*¹⁷⁶. Como se referiu já por diversas vezes, dos vários tipos de criminalidade que se podem recortar, o que verdadeiramente nos interessa é aquele em que a criminalidade se projecta a partir da empresa, em que esta aparece “em lugar paralelo àquele que o agente assume ao nível da doutrina geral da infracção penal”, e que Tiedemann cunha de “das Unternehmen als Täter”, ou seja, a empresa como agente. Ascendendo a empresa a pessoa jurídica, cria-se a possibilidade de se lhe imputarem factos, logo, factos jurídico-penalmente relevantes. Tal imputação irá permitir aumentar a eficácia e fluidez de todo o sistema jurídico.

No entanto, uma vez que não bastam razões de “necessária eficácia” político-criminalmente fundadas¹⁷⁷, para defender a responsabilização criminal das pessoas colectivas, há que procurar, segundo Faria Costa, a racionalidade (material) que a justifique e legitime. Racionalidade que, decerto, não será encontrada na argumentação segundo a qual há contradição insanável no pensamento dos que não admitem a responsabilização em causa, não abdicando nestes termos de uma estreitamente dogmática noção de culpa, mas defendem ao mesmo tempo a necessidade de, à luz da política criminal, colocar um travão no desvalor verificado na actuação de muitas pessoas colectivas. Assim, Faria Costa ao analisar a posição de Lopes Rocha, afirma que “conquanto aceitemos que os defensores da insusceptibilidade da aplicação de penas às

entidade capaz de suportar legitimamente o fluxo de direitos e deveres decorrentes de qualquer centro de imputação. ... José de Faria Costa, ob. cit., [69], pág. 506.

176 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], págs. 503 e 505.

177 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 508.

peessoas colectivas mergulhem na contradição de defenderem a sua necessidade à luz da política criminal e de não abrirem mão, ao mesmo tempo, de uma estreitamente dogmática noção de culpa, não vemos que a desconstrução daquela antinomia – se é que de uma verdadeira antinomia se trata – faça, por si só, nascer uma fundamentação articulada e coerente para acompanhar a razão de ser da punibilidade das pessoas colectivas”. Ou seja: *aquela desconstrução não nos dá uma fundamentação, nem a consonância sobre a necessidade da punição (penal) das pessoas colectivas pode servir de ponto de apoio para uma extrapolação argumentativa. Talvez melhor: pode, quando muito, servir justamente para essa extrapolação argumentativa, mas nunca para um juízo de legitimidade material no que toca à responsabilidade criminal das pessoas colectivas*¹⁷⁸. Onde encontrar tal racionalidade?

Faria Costa encontra-a nos chamados *lugares inversos*. Estes podem descrever-se como espaços de normatividade que “desencadeiam ou abrem por si mesmos linhas de força agregadoras que outra coisa não são senão *topoi*”¹⁷⁹. Neles cruzam-se finalidades político-criminais, “onde se exerce o domínio da configuração jurídico-penal através dos axiomas desenvolvidos pela dogmática”¹⁸⁰. O Autor começa por referir, a título exemplificativo, o caso do tratamento jurídico-penal dos menores: “ninguém pode duvidar (...) que uma criança *age*, em termos onto-antropológicos, de uma forma absolutamente coincidente com o agir de um geronte ou de um adulto. Da mesma forma, (...) em termos sociais ou mesmo em termos onto-existenciais, ao menor não se pode retirar a capacidade de valoração que o leva a poder ser sustentáculo de um juízo de

178 Faria Costa “responde” a Lopes Rocha quanto aos argumentos por este invocados. José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], n.º 30, pág. 509.

179 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 512.

180 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 512.

censura”¹⁸¹. No entanto, como refere o Autor, não há ordenamento penal que, até uma determinada idade, não os deixa de considerar insusceptíveis de actuar de modo jurídico-penalmente relevante. O “extraordinário poder conformador do direito, *maxime*, do direito penal”, criando um espaço de normatividade caracterizado pela ausência de certa característica, retira os menores do abraço discursivo jurídico-penalmente relevante, não capacitando, por isso, a realização de qualquer juízo de imputação (subjectiva). Assim, “... o lugar inverso àquele que foi desenhado, relativamente à imputabilidade, é o que envolve o problema da punição (penal) das pessoas colectivas. Efectivamente, se ali tínhamos cerceamento dos segmentos ontológicos da acção, (...) se limita e se afasta o juízo de censura penal por razões da mais variada índole, (...) aqui, inversamente”¹⁸², temos expansão do alargamento de um agir comunicacional, penalmente relevante, (...) reconstrói-se a noção de culpa e faz-se da pessoa colectiva um verdadeiro centro de imputação”¹⁸³. Em suma, se num caso nos deparamos com uma limitação do universo de possíveis agentes, no outro, o universo da punibilidade alarga-se.

Apesar desta explicação, alerta Faria Costa para o facto de a compreensão dos lugares inversos não atingir a determinação essencial da responsabilização das pessoas colectivas – “Uma tal forma de ver as coisas é tão-só, mas com isso é tudo, uma estrutura interpretativa (...) que explica com coerência uma realidade e que, para além de tudo, permita compreender o fenómeno da punição das pessoas colectivas, (...) que permite racionalizar, não só o *dado*, mas também o dever-ser que acompanha a projecção ou impulso normativos que, por seu turno, sustentam a

181 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 512.

182 Sublinhado nosso.

183 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 513.

própria solução jurídico-penalmente relevante”¹⁸⁴. Assim, para que a pessoa colectiva possa assumir-se como pessoa jurídica, terá necessariamente de actuar através de órgãos ou representantes, o que equivale a dizer que “a pessoa jurídica vive ou só vive se com ela automaticamente se prefizer uma relação de interna alteridade, para que assim possa agir de um modo jurídico-penalmente relevante”. Embora tal também possa suceder relativamente às pessoas individuais, pense-se no caso da incapacidade ou inabilitação, o certo é que esse actuar não constitui a forma ou matriz típica ou essencial do seu actuar. “Há, por conseguinte, em termos materiais, uma diferença entre a acção da pessoa concreta e a acção da pessoa jurídica. O ponto de charneira relevante para o direito (penal) traduz-se ou manifesta-se em uma *relatio ad alterum* e é em volta desse eixo compreensivo que se devem perceber e analisar os comportamentos dos concretos agentes que intervêm na feitura da discursividade penal”¹⁸⁵. Consequentemente, o que torna o agir das pessoas colectivas tão específico e único, é o facto de internamente elas não poderem *ser olhadas como partilhando da possibilidade de se afirmarem ontologicamente na dimensão de estruturas de diálogo em relatio ad alterum. As pessoas colectivas, nesta perspectiva das coisas, são sempre relatio in altero*”¹⁸⁶. Ou seja, *elas só têm sentido e intencionalidade jurídico-penal no momento em que se estabelece o nexu indissociável entre aquilo que se quer construir e os órgãos reais de ligação (directa) ao mundo jurídico*¹⁸⁷. Ora, a relação que entre a pessoa colectiva se estabelece e os seus próprios órgãos é fulcral, não se tratando por isso de relações para com o outro, mas antes em relações em que esse “outro” – o órgão ou representante da pessoa colectiva – está

184 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 513.

185 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 514.

186 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 515.

187 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 515.

inquebrantável e necessariamente presente. Deste entendimento podemos retirar três grandes consequências:

- torna-se impossível responsabilizar um menor por certo acto praticado por seu representante, ainda que em nome e no interesse do menor;

- porém, tal impossibilidade advém da própria estrutura onto-antropológica da pessoa física – “...ele é uma estrutura própria (real verdadeiro) *de e para* um agir jurídico-penalmente vinculante”¹⁸⁸, nada lhe acrescentando, em termos de imputação penalmente relevante, a actuação por entreposta pessoa;

- já a pessoa colectiva se funda e encontra a sua razão existencial em uma relação com o “outro”, só por este ascendendo à discursividade jurídico-penalmente relevante – “Por isso, a pessoa colectiva move-se em «lugares» que não são substancialmente coincidentes com os da pessoa física e daí também que para si possa reivindicar toda uma outra gama de efeitos que dificilmente se compaginam com as relações *ad alterum* entre a pessoa física e um seu representante. Ora, (...) é a matriz da relação interna que acabámos de recortar, no que toca às pessoas colectivas, que pode explicar, com rigor, um certo tipo de responsabilidade com que a nossa lei abrange as já mencionadas pessoas colectivas”^{189 190 191}.

188 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 516.

189 José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 516.

190 O autor refere-se, no âmbito do direito penal secundário, ao artigo 2º, n.º3, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Neste sentido, “Pensamos que a estrutura de relações *in altero* é que pode justificar cabalmente uma tal responsabilidade solidária. Se as pessoas colectivas só «vivem» jurídico-penalmente *nos e com* os seus órgãos ou representantes, tem sentido fazê-las responder solidariamente pelas multas e coimas em que aqueles eventualmente venham a ser condenados pelas infracções previstas no diploma em questão”; “entidades” que, naturalmente, são as pessoas colectivas. José de Faria Costa, *ob. cit.*, [69], pág. 517.

191 Vimos já que Lopes Rocha é um dos defensores da necessidade de se responsabilizarem criminalmente as pessoas colectivas. *Vide* Lopes

f) Outros Autores que admitem a responsabilidade criminal das pessoas colectivas

Encontramos no país vizinho vários autores que afirmam a possibilidade de atingir criminalmente a actuação dos entes colectivos, casos de Saldaña, Masaveu¹⁹², Zugaldía Espinar. Segundo este último Autor, a importância da actuação no mundo real hodierno daqueles entes, “obligó a los legisladores a operar con criterios más pragmáticos, dejando a un lado las objeciones doctrinarias sobre la negativa de admitir su responsabilidad penal para hacer lugar a la discusión sobre qué presupuestos deben reunirse para aplicar una pena a aquélla (pessoa jurídica)”¹⁹³.

Rocha, *ob. cit.*, [15].

- 192 Como refere Mir Puig, estes dois autores e V. Liszt e Prins defenderam a punibilidade dos entes colectivos baseando-se num ponto de vista mais pragmático, tomando em conta as considerações político criminais alicerçadas na ideia de aqueles serem instrumento especialmente perigoso para mascarar aqueles que sob a capa colectiva delinquem. Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edição, Barcelona, 1996, pág. 171. Como afirma Liszt, “quien puede concluir contratos puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios”.
- 193 Desta forma, afirma o Autor existirem três grandes correntes quanto ao tratamento punitivo das pessoas colectivas. A “imprópria”, que baseia a responsabilidade criminal da pessoa moral no carácter solidário da pena imposta à pessoa individual. Neste modelo de imputação aplica-se a pena à pessoa humana que actuou em nome e no interesse do ente colectivo, mas responsabiliza este último pelo cumprimento da pena aplicada (por exemplo, a multa); a “própria indirecta”, que permite sancionar mediatamente a pessoa colectiva pelo delito levado a cabo pela pessoa física, a qual actua em seu nome e no seu interesse; por fim, refere ainda a corrente “directa própria”, que postula a possibilidade de perseguir e sancionar autónoma e directamente a pessoa jurídica, sem prejuízo de se poder concomitantemente responsabilizar a pessoa física que actuou no seu nome e interesse. Esta última, a solução consagrada no Código francês. Para maior desenvolvimento deste ponto, conferir Gustavo Eduardo Aboso/Sandro Fabio Abraldes, *ob. cit.*, [17], págs.123 a 178.

Forma completamente diferente de analisar o problema em estudo é a posição defendida por Silvina Bacigalupo¹⁹⁴ que, pela importância que nos parece assumir face à temática, iremos descrever mais exaustivamente.

A Autora¹⁹⁵ trata directamente o problema de saber quem são os sujeitos que podem actuar de modo jurídico-penalmente relevante. Partindo dos pensamentos dogmáticos de Jakobs, o acento tónico da sua argumentação é posto no facto de existir um círculo vicioso no pensamento da doutrina que até hoje se tem debruçado sobre o problema, ao considerar como único sujeito susceptível de imputação a pessoa física, por força do elemento volitivo que nela se descortina. Note-se que, para além do plano jurídico, convoca a Autora a problemática metajurídica com o intuito de resolver o enigma.

Na opinião da Autora, quer as teorias que defendem a responsabilidade das pessoas colectivas, quer as que a negam, estão marcadas pela eterna comparação entre pessoa jurídica e pessoa física, e a sua capacidade e incapacidade de acção e culpa, lendo-se na sua obra que, *sin embargo, todo intento que tome como punto de partida dichos presupuestos está destinado al fracaso. Es evidente, y la discusión de casi cien años en torno a este tema lo ha demostrado, que las diferencias entre uno y otro sujeto resultan insuperables. Por lo tanto, se intenta aquí presentar una nueva perspectiva desde la que enfocar este tema*¹⁹⁶. Assim, afirma a Autora ter a sua investigação como objectivo proceder à “análisis de la persona jurídica como sujeto del Derecho Penal”¹⁹⁷. Desta forma, é sua opinião não se poder negar que as categorias

194 Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 33.

195 “Es decir, una cuestión referente al significado que ocupa una persona jurídica en la vida social contemporánea”. Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 33.

196 Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 31.

197 Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 31.

dogmáticas da acção e culpa dependem fundamentalmente da ideia que se tenha de sujeito. No fundo, a tese da Autora expressa-se na afirmação de que não está verdadeiramente em causa modificar os elementos que compõem as categorias da acção e culpa, mas antes de transformar a ideia de sujeito e de interpretação da sociedade de que se parte. Nesta medida, a reinterpretção da ideia de sujeito traz consigo a necessidade de rever os conceitos tradicionais de acção (como comportamento humano), de culpa (como juízo biopsicológico) e de pena (como castigo retributivo da culpabilidade)¹⁹⁸.

No capítulo VII da sua obra, sob a designação de “Presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva prelegislativa”, Silvina Bacigalupo propõe o entendimento que se explanará.

Há um determinado contexto cultural e filosófico orientador do Direito Penal que faz com que a dogmática parta de conceitos pré-dogmáticos (pré-conceitos, na perspectiva de Esser) na resolução dos vários problemas criminais, e que seguem de perto os paradigmas homem, Direito, sociedade e pena. *El paradigma jurídico penal basado en la idea del individuo como punto de partida de las explicaciones (...) jurídicas*¹⁹⁹. O facto de a teoria do delito se ter desenvolvido como uma teoria de imputação e o peso da ética – o sujeito tido pelo Direito Penal como sujeito eticamente responsável – no conceito de delito, implicou que só o homem pudesse cometer um delito por só ele gozar de vontade livre.

A teoria do bem jurídico de Birnbaum, segundo a qual o bem jurídico próprio do delito é um bem e não um direito subjectivo, possibilitou dar uma maior amplitude ao Direito Penal. Trata-se agora de uma sociedade apoiada no contrato social, e já não da mera soma de pessoas individualmente consideradas. Com Jhering

198 Assim é exposto, Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 35.

199 Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 354.

parte-se da consideração de que o indivíduo é egoísta, actuando para se afirmar, pelo que se introduziram elementos organizativos na ideia de sociedade que permitam equilibrar aquele egoísmo individual. A partir daqui, surgiu a possibilidade de, na opinião de Silvina Bacigalupo, *replantear el problema del sujeto*. Desta forma, *también son sujeto del Derecho los conjuntos de personas, toda vez que el mismo Derecho permite que éstas se agrupen como personas jurídicas*²⁰⁰. Com a superação do pensamento finalista e com a assunção do pensamento de Luhmann, que introduz na ideia de sociedade um vector de estrutura funcional constituída por sistemas de comunicação, substituindo-se a razão comunicativa à razão prática, rompe-se com o modelo de sociedade de Weber e Parsons²⁰¹.

200 Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 355.

201 Assim, *la sociedad se compone, desde estos puntos de partida, de comunicaciones. Los distintos sistemas sociales se componen de comunicaciones especializadas en el ámbito de la economía, del derecho, de la política, etc. Comunicaciones que serán cada vez más complejas y especializadas según la sociedad se encuentre más avanzada. Evidentemente, la sociedad presupone a los hombres y a las acciones humanas, pero éstos no son parte de la sociedad. Entre hombres y sociedad hay una relación de extrema independencia. Ambos son sistemas autorreferentes, con su propia creatividad y sus propias producciones. Pero son siempre independientes. Los hombres no son parte de la sociedad. Pertenecen al entorno de la sociedad. Pues entre hombres y la sociedad no se da nunca una relación de parte y todo, de fundamento y fundamentado, sino una relación ecológica que supone derribar antiguas concepciones del pensamiento clásico. Ello presupone entender que la sociedad – o los sistemas sociales como el derecho, la economía, la política, etc. – se levanta con sus propias reglas. Ello, supone asimismo, apartar las consideraciones éticas del análisis de la sociedad. (...) Para Luhmann la relación es entre el sistema mismo y el mundo circundante y, por lo tanto, también el sistema jurídico es autorreferencial. Este modelo de interpretación de la sociedad se pone de manifiesto, como acabamos de decir, también en el Derecho dando lugar a una reinterpretación de la función del mismo en la sociedad. Por lo tanto, la cuestión en torno a la*

Afirma a Autora que, neste sentido, a culpa não é uma questão de alternativas de acção do sujeito (já não importaria a existência ou não de liberdade da vontade). É então um problema da sociedade, se ela tem ou não alternativas para lidar com aqueles que cometem delitos. Com este ponto de vista, pode sustentar-se, segundo Silvina Bacigalupo, ser a pessoa jurídica um sistema composto pelo seu próprio estatuto e órgãos (sistema social), *que dicho sistema se puede comunicar falsamente y que frente a dicha comunicación falsa el sistema jurídico reacciona imponiendo una*

función del Derecho también se debe responder en relación al sistema de la sociedad. Se trata, como afirma Luhmann, de qué problema del sistema social se soluciona a partir de la diferenciación de normas específicamente jurídicas y, en última instancia, por la diferenciación de un sistema jurídico particular. Desde esta perspectiva se excluyen todas aquellas consideraciones psicológicas y antropológicas posibles. Ora, volta aqui a afirmar-se que la función del Derecho se encuentra vinculada, entonces, a expectativas. (...) Se da así lugar al surgimiento del funcionalismo jurídico, teoría según la cual el Derecho penal se orienta a garantizar la identidad normativa. (...) Esto implica que el delito sólo se puede explicar desde un punto de vista comunicativo. El delito es una comunicación falsa. Un sujeto comunica una norma que en realidad no existe. Esta comunicación falsa es la que se debe imputar al sujeto competente. (...) Esta redefinición de la teoría de la función del Derecho penal a partir de la prevención general positiva y la explicación de la teoría del delito desde la teoría de los sistemas comunicativos da lugar al surgimiento de una nueva teoría del delito diferente de la tradicional. En este sentido, el proceso de análisis es diferente del de Welzel. No se debe ontologizar los objetos de las normas, sino normativizar los conceptos de la dogmática. Esto tiene como consecuencia una nueva teoría de la acción. No se trata de la acción, sino de una teoría del sujeto. Desde que la acción es el comportamiento exterior evitable se trata de lo que es un sujeto en general y no de cómo éste actúa, sino de lo que para éste es su mundo circundante y de cómo se pueden imputar al sistema las modificaciones del mundo circundante. Ver Silvina Bacigalupo, ob. cit., [17], págs. 361 e ss.

*pena para reafirmar la vigencia de la norma infringida*²⁰². Assim, e seguindo o raciocínio da Autora, deve concluir-se que o sujeito do Direito Penal clássico, o indivíduo, não se adequa e é insuficiente para responder às necessidades que se fazem sentir na moderna sociedade. E os exemplos mais paradigmáticos de tal conclusão, são aqueles que se situam no âmbito do Direito Penal Económico, dos crimes ambientais ou das fraudes nas subvenções no caso do Direito Comunitário, levados a cabo por organizações empresariais, o mesmo é dizer, por pessoas colectivas. Também constitui preocupação da Autora o facto de a distribuição de competências dentro de tais pessoas, impedir na maioria dos casos imputar o delito a um sujeito concreto e determinado^{203 204}.

202 Silvana Bacigalupo, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Bosch, 1998, pág. 363.

203 Nestes termos, é pela Autora afirmado que: “Ante la pérdida de dicha racionalidad del sistema existen dos posibilidades: bien exigir un Derecho penal específico de las personas jurídicas o bien la reformulación de las categorías dogmáticas tradicionales. Cualquiera de las dos situaciones permitirá que el Derecho penal pueda responder a los conflictos sociales que se le presentan y que se pueda adaptar, en la medida de lo racionalmente posible, a las nuevas situaciones”. Silvana Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], págs. 367 e 368.

204 Posteriormente, *de lege ferenda*, é proposta a seguinte metodologia. Em primeiro lugar há que saber quem são os destinatários da lei penal, no seio do problema da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, afirmando que, nesta sede, há que considerar três grandes grupos (permitimo-nos aqui relembrar a importância que a questão cível inegavelmente obteve no nosso estudo e face ao problema. Atente-se ainda aos vários tipos de pessoas colectivas que muito sumariamente aí pudemos descrever, bem como às suas características, caso dos elementos internos e externos, entre outros): a) pessoas jurídicas do Direito Privado: - associações: resumidamente, e sem prejuízo de consulta da obra, defende a Autora que, *por lo tanto, las acciones antijurídicas realizadas por personas con capacidad de decisión dentro de la estructura de la asociación podrán dar lugar a la imputación de una sanción a la asociación, siempre que se cumplan los demás requisitos de imputación* (o que valeria para

Finalmente, vistas as pessoas colectivas que podem ser objecto de imputação criminal, há que seriar os pressupostos de tal responsabilidade²⁰⁵ e os de que depende a aplicação da sanção aos entes colectivos, sendo necessária *la existencia de una acción antijurídica realizada por alguna de las personas físicas incluidas dentro del círculo de personas competentes, es decir, bien un órgano de dirección, de representación o cualquiera de los demás que pudiesen tomar decisiones funcionales determinantes establecidas en los estatutos. El hecho debe haber vulnerado obligaciones que le incumben a la persona jurídica o a la sociedad o bien haberla enriquecido o haberla podido enriquecer*²⁰⁶. A matéria analisada nestas páginas é de importância extrema para a compreensão do problema. No entanto, optámos por não desenvolver tal ponto,

todas); - fundações: *no cabe duda que en toda fundación se presenta un importante movimiento de patrimonio en el tráfico jurídico que puede dar lugar a la comisión de delitos de carácter patrimonial por parte de sus órganos directivos (Patronato) que produzcan un enriquecimiento de la fundación*; b) pessoas jurídicas de Direito Comercial: é também clara a sua posição no sentido de se poderem responsabilizar criminalmente tais entidades; c) pessoas jurídicas do Direito Público: uma vez que não há possibilidade de expor o entendimento da Autora, que neste caso é bastante extenso, limitar-nos-emos a dizer que também estas pessoas devem ser responsabilizadas, mas só aquelas que se encarregam de prestar serviços à comunidade (*Daseinvorsorge*), bem como aquelas que de facto, exerçam uma actividade idêntica a qualquer outra pessoa de Direito Privado, caso das Entidades Públicas Empresariais (a autora refere ainda o complexo e interessantíssimo problema que as sociedades em fase de constituição e sociedades de facto levantam. Existem inúmeras especificidades para que, na opinião da Autora, se torne possível imputar-lhes responsabilidade. Ver Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], págs. 371 e ss).

205 Remetemos para Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], págs. 379 a 389.

206 Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], pág. 390.

dada a íntima ligação – claro está – que a Autora estabelece com a lei civil e comercial espanhola²⁰⁷.

VII – TEORIAS QUE NEGAM A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DAS PESSOAS COLECTIVAS

a) Introdução

A responsabilização criminal dos entes colectivos apresenta problemas dogmáticos de primeira linha, complexos e profundamente controvertidos no que à doutrina jurídico-penal diz respeito, pelo que não podem ser abordados levianamente, sob pena de poder transparecer que o problema não foi compreendido em toda a sua completude, complexidade e consequências que inegavelmente pode desencadear. No entanto, noutra perspectiva, as objecções que à sua admissibilidade têm sido levantadas, não deixam de constituir desafio fascinante para quem, como nós, alinha na defesa da tese da possibilidade de tal responsabilização. Neste exacto sentido, diremos que, se muitas vezes ao analisar e (re)estudar os muitos problemas levantados pela temática, pareceu ter ficado irremediavelmente perdido o fio que nos orientava na tentativa de argumentar a favor da punibilidade em causa, por outro lado, sempre que se voltou a achar o norte neste complicado labirinto, a luz que ao fundo do túnel se vislumbrava parecia ter, também ela, ficado irremediavelmente mais perto. Pura ilusão. O problema mostrou-se tão complexo que cada obstáculo levantado mereceria, por si só e autonomamente, um estudo específico relativo a tais problemas (o que, pelas leituras

207 Também na doutrina argentina há alguns autores que propugnam a necessidade de punir criminalmente as pessoas colectivas. Ver Gustavo Eduardo Aboso/Sandro Fabio Abraldes, *ob. cit.*, [17], págs. 70 e ss.

realizadas, parece ter também acontecido com os autores que sobre o assunto se debruçaram).

O exposto pretende apenas alertar para o facto de mesmo os argumentos esgrimidos pelos defensores da tese negativista, quanto à responsabilização criminal das pessoas colectivas, merecerem a devida atenção e aturada reflexão tendo em conta as suas implicações práctico-teóricas para o problema. Daí a necessidade da sua exposição – de forma sumária, naturalmente – e concomitante compreensão.

Em termos gerais, os pilares argumentativos da posição destes autores para cimentar o adágio *societas delinquere non potest* podem resumir-se na tese da incapacidade de acção e culpa, no princípio da personalidade das penas e, em consequência, na inaplicabilidade de certas penas aos entes colectivos. Assim, defende-se que à pessoa colectiva falta a inteligência e vontade próprias, logo, inteligência e vontade de infringir a lei. Argumenta-se também que tal responsabilidade implica uma pena injusta para os membros da pessoa colectiva que nada tiveram a ver com a prática do facto ilícito-típico. Finalmente, questionam estes autores a aplicação de uma pena de prisão a um ente colectivo, concluindo pela impossibilidade de tal aplicação, pondo ainda em destaque a impossibilidade de dar cumprimento às finalidades perseguidas pelas penas criminais. Vejamos em pormenor.

b) Cavaleiro de Ferreira

Segundo Cavaleiro Ferreira, toda a responsabilidade criminal depende da existência de culpa, para quem esta última se traduz na vontade consciente e livre, só imputável, por isso, ao homem. Assim, *a responsabilidade penal é necessariamente pessoal. É também essa a afirmação constante do art. 11 do Código Penal*. Porém, incompreensivelmente, aquele artigo abre a porta

a excepções ao estatuir “salvo disposição em contrário”²⁰⁸. Para o Autor, esqueceu-se o entendimento anteriormente expresso na fórmula “só o homem é susceptível de direitos e obrigações; nisto consiste a sua personalidade jurídica”. Alargar a aplicação do conceito de personalidade aos casos das sociedades, associações e fundações consiste simplesmente em substituir um conceito de substância por um outro de simples qualificação, legitimando-se nestes termos a imputação pela lei, de direitos e deveres aos entes colectivos - *não é a criação de uma pessoa, que ontologicamente só o homem é*²⁰⁹.

Assim, conclui o Autor ser a responsabilidade penal das pessoas colectivas, responsabilidade sem culpa, logo sem imputabilidade, sem dolo ou negligência, sem consciência da ilicitude. Acrescenta ainda o Autor que “as conveniências de prevenção geral da criminalidade não podem alterar a realidade ontológica e não devem postergar a validade do princípio da culpabilidade”²¹⁰.

c) João de Castro e Sousa

João de Castro e Sousa manifesta-se contra a possibilidade de aplicar penas criminais a pessoas colectivas. Para o Autor, *só a negação de valores pelo homem, só o comportamento humano, a conduta dos indivíduos, pode constituir acção em sentido jurídico-penal*²¹¹. Além disso, contraria o entendimento segundo o qual, se a pessoa colectiva é capaz de actuar no direito civil, também o é no direito penal. Conclui daqui ser desnecessário perscrutar se as pessoas colectivas podem ser objecto de juízo de culpa

208 Cavaleiro de Ferreira, *ob. cit.*, [20], pág. 258.

209 Cavaleiro de Ferreira, *ob. cit.*, [20], pág. 258.

210 Cavaleiro de Ferreira, *ob. cit.*, [20], pág. 259.

211 João Castro e Sousa, *ob. cit.*, [17], pág. 112.

jurídico-penal, uma vez que seriam, *ab initio*, incapazes de acção. Ainda assim, afirma que²¹² a culpa pressupõe a ideia de que o seu destinatário é um ser livre e responsável que podia ter actuado de outra maneira e que a censura ínsita na culpa pressupõe que o agente não se preparou para respeitar os valores jurídico-criminais, o que não é compatibilizável com a natureza das pessoas colectivas²¹³. E ainda, consequentemente, que as pessoas colectivas não têm um psíquico susceptível de perturbações e de lhes sofrer os efeitos, pelo que não se poderá falar em imputabilidade. D a í admitir o Autor a possibilidade de reagir contra a actuação dos entes colectivos com medidas de segurança – *sendo carecidas de qualquer fundamento ético, por se não referirem à culpa, têm uma função de tutela preventiva. (...) Cabe-lhes uma mera função de defesa da sociedade*²¹⁴, ainda que, claro está, pertençam ao domínio do direito criminal. O mesmo não sucede com as penas, pois, se por um lado, “a aplicação de uma pena à pessoa colectiva se não coaduna com os princípios dogmáticos do direito criminal, *também ela deve ser recusada com base numa ideia de justiça, dado que, com a sua aplicação à colectividade, sempre seriam atingidos membros inocentes*”²¹⁵, por outro lado, para o Autor, violar-se-ia o princípio da personalidade das penas e o princípio da intransmissibilidade das penas e da culpa, concluindo que “a

212 João Castro e Sousa, *ob. cit.*, [17], n.º 7, pág. 114.

213 O Autor refere também o pensamento de Marcello Caetano, segundo o qual “as pessoas colectivas não podem ser agentes de um crime, não podem, portanto, ser criminalmente responsáveis” pois “a infracção só pode ser cometida por uma pessoa física, por um indivíduo”. No mesmo sentido é citado o pensamento de Beza dos Santos. *Vide* João Castro e Sousa, *ob. cit.*, [17], pág. 188.

214 João Castro e Sousa, *ob. cit.*, [17], pág. 102.

215 João Castro e Sousa, *ob. cit.*, [17], págs. 117 e 118.

aplicação de penas às pessoas colectivas é não só dogmaticamente impossível, como contrária à ideia de justiça”^{216 217}.

d) Outros Autores que negam a responsabilidade criminal das pessoas colectivas

Cerezo Mir, embora entenda que a teoria da realidade é a que melhor define a natureza da personalidade colectiva, afirma que as pessoas colectivas não possuem uma consciência e vontade em sentido psicológico e semelhante às pessoas individuais. Partindo de um conceito de acção final – isto é, desenvolvimento de uma actividade dirigida pela vontade à realização de um fim – nega-lhes a capacidade de acção no sentido jurídico-penalmente relevante pelo que “solo será posible aplicarles medidas de seguridad de carácter administrtrativo”²¹⁸. Segundo o Autor, não há no novo Código Penal espanhol qualquer preceito que estabeleça a capacidade ou incapacidade penal das pessoas colectivas, embora a doutrina espanhola alinhe, na sua grande maioria, no entendimento *societas delinquere non potest*²¹⁹.

216 João Castro e Sousa, *ob. cit.*, [17], pág. 122, 124 - 130.

217 O Autor cita como jurisprudência contrária à admissibilidade da responsabilidade criminal das pessoas colectivas os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 1939 e de 2 de Novembro de 1949, bem como o Acórdão da Relação do Porto de 9 de Janeiro de 1952.

218 *Apud*, Gustavo Eduardo Aboso/Sandro Fabio Abraldes, *ob. cit.*, [17], pág. 20.

219 É também a posição do Supremo Tribunal espanhol, Gracia Martín, Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Muñoz Conde, Mir Puig, entre outros. Por razões de política criminal, que nós apelidaríamos de negativistas, Bajo Fernández, Rodríguez Devesa, Antón Oneca e Quintano Ripollés negam também a responsabilidade criminal das pessoas colectivas,

Na Alemanha, a responsabilidade em análise é também negada pela maioria da doutrina no âmbito do direito penal criminal²²⁰.

Welzel, por exemplo nega às pessoas colectivas a capacidade de culpa, o que se percebe se tivermos em conta que, para o Autor, o que é primeiramente reprovado no juízo de culpabilidade é a vontade, o que nos remete para a “culpa da vontade”, só possível nas pessoas singulares, e atento o conceito final de acção por o Autor desenvolvido e, também ele, só imputável ao homem em particular²²¹. Segundo Welzel, para que através da vontade o autor pudesse dirigir a sua conduta de acordo com a norma, o objecto primário da reprovação ínsita na culpa, é a vontade e só através desta também toda a acção. Nestes termos, toda a culpa é, por isso, culpa da vontade, o que implicava que só o Homem possa querer algo voluntariamente, poderá ser considerado como culpado²²². Isto porque, como posteriormente refere Welzel, *la capacidad de culpabilidad tiene, por tanto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo); la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad. Sólo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad*²²³.

afirmando a necessidade de não deixar cair os princípios da culpa e personalidade das penas.

220 Ainda que admitida no chamado direito penal administrativo.

221 Para desenvolvimento da posição de Welzel, fundamentos filosóficos do finalismo, dogmática finalista e acção final, ver Welzel, *Derecho Penal Aleman, Parte General*, 12ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1987, Silvina Bacigalupo, *ob. cit.*, [17], págs. 103 a 142, especialmente 126 a 142.

222 *Sólo puede hacerse culpable el individuo dotado con una voluntad, no una asociación o cualquier otra persona colectiva* Jakobs, *ob. cit.*, [118], pág. 198.

223 Welzel, *ob. cit.*, [221], pág. 216.

Na Argentina encontramos também vários autores que negam a possibilidade de sancionar com penas criminais a actuação das pessoas colectivas.

Segundo Luis Jiménez de Asúa, não pode falar-se de delito se o facto ilícito não tiver com o sujeito um nexo anímico, daí inexistir também o dolo e seus elementos intelectuais, não se podendo, por isso, falar de culpa. O mesmo entendimento tem ricardo C. Nuñez, afirmando mesmo que, a aceitar a responsabilidade criminal dos entes colectivos, se teria igualmente que aceitar a imposição de penas a animais, sendo ainda aceitável a ideia de castigar as forças da natureza. Iguais argumentos são esgrimidos por vários outros autores argentinos, casos de Edgardo A Donna, Sebastián Soler, Severo Caballero, Zaffaroni e Terán Lomas²²⁴.

Já Mir Puig, na análise dos princípios em que o problema da culpabilidade se consubstancia e coloca com maior acuidade, isto é, o princípio da personalidade das penas, da responsabilidade pelo facto praticado e da imputação pessoal, afirma que, consequência daquele primeiro princípio, não se pode hoje responsabilizar uma pessoa por facto alheio. Nada admite a responsabilidade colectiva que, em outros tempos, permitia castigar todos os membros de uma família ou povo como decorrência de um facto praticado por um seu membro. Ainda assim, *en la actualidad se plantea la cuestión de si deben responder penalmente las **personas jurídicas** y las **empresas** o, alternativamente, los gestores de las mismas por*

224 Este Autor sintetiza que, el hombre es el único sujeto del derecho penal; los delitos que podrán imputarse a las personas jurídicas son cometidos por las personas naturales - miembros o jefes - que en ellas actúan; el castigo de la persona jurídica significa la violación del principio de la identidad del delincuente y el condenado; el dolo o culpa residen en las personas naturales que ejecutan los actos delictivos. *Apud*, Gustavo Eduardo Aboso/Sandro Fabio Abrales, *ob. cit.*, [17], pág. 69.

*los hechos formalmente realizados por aquéllas*²²⁵. Analisando o problema da acção, enquanto categoria constituinte do conceito de crime e sobre o título “El comportamiento humano (La Acción)”, Mir Puig estabelece esta mesma relação – acção/comportamento humano – apoiando-se para tanto no artigo 10.º do Código Penal español. É neste sentido que o Autor afirma que, “en nuestro Derecho penal el delito deba ser obra de un ser humano no se debe, pues, a razones *ontológicas* ni a la *naturaleza de las cosas*, sino a una decisión del Derecho positivo”²²⁶. Assim, quando não existe um comportamento humano, não é só a tipicidade e a ilicitude que faltam, mas também a imputação pessoal do facto, ou seja, e em suma, todo o delito. Quanto ao conceito de acção, afirma o Autor que hodiernamente coexistem três grandes concepções, fruto de profundas clivagens na ciência jurídico-penal²²⁷ – o conceito causal²²⁸, conceito tradicional e, todavia, aquele com que opera a doutrina espanhola actual; o conceito final, obra de Welzel e que remete a acção para a categoria dos conceitos pré-jurídicos, existente antes da valoração humana e precede à própria valoração jurídica, descrevendo aquele actuar como exercício da actividade final e que, por isso, exige que a acção seja conduzida finalisticamente pelo conteúdo da vontade; e, finalmente, o conceito social de acção²²⁹, hoje muito defendido por Jescheck – será acção todo o comportamento humano socialmente relevante, pelo que a finalidade e possibilidade de finalidade seriam os critérios que, juntamente com a transcendência exterior, concederiam relevância social a um

225 Mir Puig, *ob. cit.*, [192], pág. 97.

226 Mir Puig, *ob. cit.*, [192], pág. 152.

227 Desenvolvidamente, Mir Puig, *ob. cit.*, [192], págs. 153 e ss.

228 Para maior desenvolvimento, Jakobs, *ob. cit.*, [118], págs. 160 a 162.

229 Jakobs, *ob. cit.*, [118], págs. 160 a 162.

comportamento humano. A justificação de tais discrepâncias²³⁰, há-de encontrar-se *en el origen histórico de cada una de dichas concepciones, que marcan los hitos más importantes no sólo de la evolución del concepto de acción, sino también de la moderna historia de la dogmática jurídica*²³¹.

Para o autor foi sendo dado um certo exagero ao conceito de acção na teoria do crime, afirmando posteriormente que o conceito de acção ou comportamento penalmente relevante não poderá obter-se unicamente tendo em conta a mera contemplação da realidade dos factos humanos, da sua estrutura lógico-objectiva, como postulado por Welzel, mas depende também e ainda das próprias exigências do Direito Penal. No entanto, não deixa Mir Puig de afirmar que *depende de los límites de la función del Derecho Penal el sentido en que le importan los hechos del hombre*^{232 233}. Mir Puig mostra-se contrário à responsabilização criminal dos entes colectivos por violar o princípio da culpa e da personalidade das penas, abrindo ainda assim a possibilidade de aplicação de medidas de segurança desprovidas de carácter repressivo, surgindo estas *úteis para salir al paso del peligro que entraña la comisión de delitos tras la fachada ofrecida por la persona jurídica*²³⁴. Esta é a posição defendida nas sua lições onde aborda, ainda que sumariamente, a interessante questão referente ao direito positivo espanhol consubstanciada na compreensão do artigo 129.º do Código Penal

230 Note-se que, ainda se poderá referir o conceito pessoal de acção, que a caracteriza como manifestação da personalidade, na esteira de Roxin, e o conceito negativo de acção, que vê nesta a não evitação evitável do resultado. Ver, Mir Puig, *ob. cit.*, [192], págs. 158 e 159.

231 Mir Puig, *ob. cit.*, [192], pág. 154.

232 Mir Puig, *ob. cit.*, [192], pág. 160.

233 Note-se ainda que o Autor, conjuntamente com a Holanda e França, refere que em Portugal a responsabilização criminal é admitida. Mir Puig, *ob. cit.*, [192], n.º 53, pág. 171.

234 Mir Puig, *ob. cit.*, [192], pág. 172.

espanhol, que trata das medidas que vêm sendo cunhadas pela doutrina de *consequências acessórias*. Matéria posteriormente desenvolvida no Colóquio Internacional de Direito Penal, Universidade Lusíada, em 2002²³⁵. Na sua comunicação afirma que *la cuestión tiene que ver con la de si el Derecho Penal español ha admitido la responsabilidad penal, en sentido estricto, de las personas jurídicas y empresas, o si, por el contrario, mantiene en vigor el principio tradicional societas delinquere non potest y se ha limitado a prever determinadas medidas no punitivas, sino únicamente tendentes a impedir la peligrosidad que pueden tener determinadas personas jurídicas o empresas*²³⁶. No entender do Autor, não se trata de penas nem de medidas de segurança, ainda que mais próximas desta últimas, sendo antes medidas que visam combater a *peligrosidad de un instrumento*. O que tem a grande vantagem de evitar as importantes dificuldades dogmáticas que encontra a imposição de uma pena às pessoas colectivas, e como desvantagem poder estar-se desta forma a limitar excessivamente a eficácia preventiva que a medida possa visar e que seria melhor atingida com a aplicação de uma verdadeira pena, que, no entanto, o Autor afasta²³⁷.

Contudo, o grande argumento de Mir Puig é o de que no Direito Espanhol falta tipicidade às actuações das pessoas colectivas, referindo que, “esto no significa que la persona jurídica no sea capaz de «acción» en otros ámbitos jurídicos. Significa únicamente que el CP se refiere a «acciones humanas»”, afirmação que, como facilmente se perceberá, assume bastante importância para o nosso estudo.

235 Mir Puig, *Criminalidade Organizada. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Colóquio Internacional de Direito Penal, Universidade Lusíada, Novembro de 2002.

236 Mir Puig, *ob. cit.*, [235], pág. 2.

237 Remetemos o estudo desta interessante questão para o texto que temos vindo a citar.

Também para Jakobs, e do ponto de vista do Direito Penal alemão vigente, as pessoas colectivas não podem ser criminalmente punidas. Quanto ao problema da capacidade de acção, o Autor parece admiti-la. É um problema que não pode ser colocado em termos puramente naturalísticos, afirmando que “más bien lo importante es la determinación valorativa do sujeto de la imputación, es decir, qué sistema psicosomático se trata de juzgar por sus efectos exteriores. Pero no cabe fundamentar que en la determinación del sujeto el sistema que ha de formarse deba estar compuesto siempre de los ingredientes de una persona física (mente y cuerpo) y no de los de una persona jurídica (estatutos y órganos)”²³⁸.

No entanto, os problemas começam já a surgir relativamente à capacidade de culpa, afirmando o Autor que com a culpa dos órgãos, não está dada a culpa da pessoa colectiva. Ainda assim, afirma Jakobs que *aun cuando el órgano se ha impuesto a la persona, sus acciones son también acciones de la persona jurídica, pero no se basan en las peculiaridades de esta persona. En tales casos, el marco estatutario legal indisponible es condición de la acción, y por ello la persona jurídica queda disculpada- Así pues, tanto para la acción como para la culpabilidad son idénticas las formas dogmáticas (y no sólo los nombres) en la persona física y en la persona jurídica*²³⁹. Desenvolvendo a problemática relativa à categoria criminal da acção, afirma Jescheck que do conceito social de acção se deduz, por via negativa, o círculo de comportamentos de antemão tidos como irrelevantes para a imputação jurídico penal. Nestes actos irrelevantes, congrega o Autor os actos reflexos puramente somáticos, os movimentos corporais em estado de inconsciência e os casos de *vis absoluta*, processos da vida psíquica (pensamentos, planos e sentimentos). *Tampoco son acciones en sentido jurídico-penal las múltiples actividades*

238 Jakobs, *ob. cit.*, [118], pág. 183.

239 Jakobs, *ob. cit.*, [118], págs. 183 e 184.

*sociales que proceden de personas jurídicas*²⁴⁰. Assim, segundo o Autor, o Direito Penal alemão vigente não permite a punibilidade das pessoas jurídicas ou associações sem personalidade, pois o juízo de culpa só pode formular-se relativamente a pessoas individuais responsáveis.

Quanto à razão dogmática que sustenta a irresponsabilidade da pessoa colectiva, entende que para que a incapacidade de culpa constituísse a razão dogmática da solução da irresponsabilidade criminal das pessoa colectivas, seria preciso que *no faltase antes la presencia de un hecho antijurídico*²⁴¹. Ora, *si el único que faltase fuese la culpabilidad debería poder probarse que el hecho de la persona jurídica está objetivamente castigado por la ley, o sea, que es típico. Pero ya se ha visto que, ni siquiera cuando, excepcionalmente, el CP se refiere a las personas jurídicas, les dirige expresamente la conminación penal: la comisión de delitos por persona jurídica no es típico. Ello significa que el legislador se ha limitado a castigar "acciones humanas"*.

No entanto, para Jescheck, isto não significa que a pessoa colectiva não seja capaz de acção em outros âmbitos jurídicos. Significa apenas e só que o Código Penal se refere a acções humanas.

VIII – POSSÍVEIS PISTAS DE DESENVOLVIMENTO DO PROBLEMA

Finda a análise dos argumentos esgrimidos por ambas as correntes doutrinárias, cumpre tecer algumas considerações conclusivas. Naturalmente, abstemo-nos de repetir e refutar os argumentos já lançados à discussão, pois pensamos estar já terminada tal tarefa. Ao longo do trabalho não deixámos de expor a nossa concordância

240 Jescheck, *ob. cit.*, [105], pág. 299.

241 Jescheck, *ob. cit.*, [105], pág. 310.

com aqueles que defendem a necessidade de responsabilização criminal das pessoas colectivas.

De facto, quer os argumentos históricos, quer a análise da pessoa colectiva no âmbito do Direito Civil, demonstram-nos que não será errado defender a capacidade de acção destas. A pessoa colectiva pode, por exemplo, celebrar contratos, aí exteriorizando a sua vontade. É a sua vontade e não a mera soma das vontades das partes que a compõem. Por outro lado, atente-se no seguinte caso: imagine-se uma fábrica que, por força contratual, encontra-se impedida de fazer descargas para um certo local. Mais tarde, constata-se e prova-se que foi essa mesma empresa a responsável por gravíssimos danos ecológicos. Ora, nesta situação – em que se poderia falar de crime ambiental –, não nos parece que a capacidade de acção deva ser determinada consoante os danos causados ou os bens violados. Caso contrário, estaríamos perante a tal responsabilidade intermitente de que nos fala Manuel de Andrade.

Os actos da pessoa colectiva são, pois, susceptíveis de ser considerados como factos ilícitos-típicos. Há um dano e sabemos qual foi a pessoa colectiva – o agente – que o originou. Ainda em termos dogmáticos, que, no entanto, não desenvolveremos, torna-se necessário encontrar, ou pelo menos reformular o conceito de acção com que se tem vindo a operar. Sendo certo que nos casos de responsabilização criminal das pessoas colectivas, provavelmente, um conceito social de acção não mereça grandes objecções. Não se pode é cair no erro de querer aplicar aos entes abstractos, os conceitos tais como se aplicam às pessoas individuais. Este será um caminho condenado ao fracasso. Assim como sairá fracassada, a argumentação segundo a qual as pessoas colectivas não são capazes de, por exemplo, conhecer e querer praticar um facto ilícito, tal como plasmado no Código Penal. Ninguém duvida, a pessoa colectivas não almoça, ela não conversa, nem anda! Só partindo da sua realidade não ôntica, se tornará possível, não só responsabilizá-las, mas também perceber verdadeiramente o problema.

Num outro prisma, vimos também as necessidades político-criminais que, no estudo que realizámos, parecem não só não impedir a responsabilização em causa, como parecem até exigí-la. Assim, sem quaisquer desenvolvimentos, diremos que a responsabilização criminal das pessoas colectivas impõe-se, sendo, de facto, um dado nos nossos dias.

Todavia, como se viu exaustivamente, a mera proclamação das necessidades de política criminal não bastam para resolvermos o intrincado enigma. É facilmente perceptível que os Tribunais, quando chega o momento chave de decidir e pronunciar a culpa de um ente colectivo, deparam-se invariavelmente com enormes dificuldades em realizar tal tarefa. Pensamos que também aqui, não se deverá cair num excesso de ontologificação. Esse seria, segundo Kaufmann, um perigoso erro quando tratamos dos mais sensíveis problemas do Direito.

Se nos colocássemos na visão do filósofo do Direito, o que vislumbraríamos? A pessoa colectiva actua de modo relevante em outros ramos de Direito. Pensamos que essa capacidade não pode ser negada simplesmente porque em certos casos se atacam bens jurídicos penalmente protegidos, noutros tal não vem a suceder. Alertando novamente para o facto de não nos querermos alongar mais, diremos que, em sede de culpa, na nossa opinião a teoria dos “lugares inversos” e a utilização de um pensamento analógico (no sentido propugnado por Figueiredo Dias) surgem como caminho acertado. Não os únicos, e não estarão totalmente isentos de reparos. No entanto, se por um lado, a empresa é assim chamada à discursividade jurídico-penalmente relevante, por outro lado, no momento de definição da culpa pelo intérprete-julgador, poderá este fazer uso de um juízo analógico.

Com isto não se nega que possa ser necessária uma reconformação ou redimensão/renormativização dos conceitos utilizados. Não é verdade que os movimentos alemães (Roxin e Jakobs) de funcionalização e normativização do conceito e conteúdo material

da culpa, foram por nós obstaculizados – e correctamente, na nossa opinião –, em virtude do reconhecimento da liberdade da pessoa humana como garantia de respeito e de segurança? O que dizer se pudermos operar, agora em nível radicalmente distinto e ainda que sem todas as implicações que foram já defendidas, com alguns daqueles entendimentos, tendo como horizonte de aplicação a pessoa colectiva e a necessidade de estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na vigência e validade da norma violada?

Reafirmamos uma vez mais a necessidade de não cair no erro de, sem mais, aplicar os conceitos que, por variadíssimas razões, estão inarredavelmente ligados à pessoa humana, a entes cuja estrutura e modo de funcionamento nada têm de semelhante com o actuar humano.

Finalmente, quanto à problemática das penas aplicáveis, é nosso entendimento que a pena de multa, se for efectivamente aplicada com a carga proporcional – mas também efectiva – a um facto e à própria culpa da pessoa colectiva, – aqui podendo aquela funcionar como limite da pena –, será um meio eficaz de dar cumprimento às exigências de Prevenção Geral positiva, as únicas que com a sua natureza são compatíveis.