

DEVER DE DILIGÊNCIA E RESPONSABILIDADE (CRIMINAL) DAS EMPRESAS: TEMPOS DE MUDANÇA?*

https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/cap05

SUSANA AIRES DE SOUSA¹

1. Introdução: dever de cumprir e dever de responsabilizar

Em março de 2021, o Parlamento Europeu aprovou uma Resolução com recomendações à Comissão Europeia sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial². Em anexo a essa Resolução, incluía-se um conjunto de recomendações para a elaboração de uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial. Através desta Resolução, o Parlamento apontava à Comissão a necessidade de atuar normativamente, através de uma Diretiva, voltada para as empresas, tendo por fim um dever de diligência, no desenvolvimento e prossecução da sua atividade, essencialmente em matéria de proteção dos direitos humanos, do ambiente e da boa governação. O conteúdo desta futura Diretiva era antecipado e estruturado nos seus elementos

* O texto que se publica corresponde, no essencial, à apresentação realizada no Colóquio *Dever de Diligência das Empresas e Responsabilidade Empresarial*, realizado no dia 10 de dezembro de 2021, no âmbito do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Manteve-se, no estilo, a matriz de oralidade e a finalidade comunicativa inerente àquele contexto. Em fevereiro de 2022, já depois da realização deste Colóquio, foi publicada pela Comissão Europeia a *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade*. Por esta razão, foram acrescentadas em texto algumas atualizações e notas comparativas, decorrentes desta proposta de Diretiva.

¹ Prof. Auxiliar, Univ. Coimbra, IJ, FDUC.

² Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9--2021-0073_PT.html#title2>.

essenciais num projeto anexado àquela Resolução. Já em 23 de fevereiro de 2022, a Comissão publica uma *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937*³.

Uma leitura quer do projeto de Diretiva provindo do Parlamento Europeu, quer da proposta de Diretiva da Comissão Europeia permitirá identificar um conjunto de obrigações dirigidas a dois tipos de agentes: as empresas e os seus administradores, em primeiro plano, e os Estados-membros, num plano secundário. Naquele primeiro cenário, evidencia-se um conjunto de obrigações em matéria de dever de diligência dirigidas às empresas para que, na prossecução da sua atividade, respeitem os direitos humanos e o ambiente e sigam uma boa governação. O artigo 1.º, n. 2, do projeto de Diretiva constante da Resolução exigia que, em vista daquele objetivo, “as empresas tomem as medidas proporcionadas e adequadas a envidar esforços, na medida das suas possibilidades, para impedir a ocorrência de efeitos negativos nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação nas suas cadeias de valor, bem como tomar medidas de resposta adequada quando tais efeitos negativos ocorram”. Também na Proposta de Diretiva da Comissão Europeia se esclarece, logo no artigo 1.º, que nela se preveem regras relativas: “(a) Às obrigações das empresas em matéria de efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente, no que diz respeito às suas próprias operações, às operações das suas filiais e às operações da cadeia de valor realizadas por entidades com as quais a empresa tenha uma relação empresarial estabelecida”.

Num segundo plano, eventualmente menos evidente ou impressivo, aqueles textos sublinham ainda um *dever estadual de proteção dos bens jurídicos*, assinalando que cabe aos Estados-membros reagir, no exercício desse dever de proteção, ao incumprimento das obrigações que recaem sobre as empresas em matéria de direitos humanos e ambiente. Logo, na parte introdutória da Resolução (considerando AA.2), sublinhava-se que “embora as empresas tenham o dever de respeitar os direitos humanos e o ambiente, cabe aos Estados e aos governos assegurar a proteção dos direitos humanos e do ambiente, e que esta responsabilidade não deve ser transferida para os intervenientes privados”. Ideia que a proposta da

³ Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071&from=PT>>.

Diretiva também assume como propósito principal, no seu artigo 1.º, ao referir-se à criação de regras relativas à responsabilidade por violações dos deveres que recaem sobre as empresas.

O primeiro conjunto de deveres, dirigidos às empresas abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva, assume um propósito essencial de *prevenção de ilícitos* através da boa governação e do cumprimento do direito; o segundo grupo de deveres, ligados ao Estado, conduz-nos ao domínio sancionatório e ao exercício de um dever estadual de responsabilização das empresas que, incumprindo o seu dever de diligência, lesam interesses jurídicos fundamentais.

É neste segundo plano que se situam as considerações seguintes, fazendo uma leitura do projeto e da proposta de Diretiva à luz do dever estadual de proteção de bens jurídicos fundamentais, como os direitos humanos e o ambiente. Sendo a resposta penal um dos meios para se cumprir esse dever estadual de proteção, reagindo contra as violações a interesses jurídicos fundamentais, tidos como bem jurídico-penais, importa saber qual o lugar que lhe é reservado nesta Diretiva e, de modo particular, quais as implicações resultantes da consagração de um dever de diligência empresarial, no plano nacional, em matéria de responsabilidade criminal da empresa.

Pelos efeitos negativos associados a uma condenação criminal da pessoa jurídica – evidenciando-se o dano reputacional inerente a um juízo de responsabilização criminal da empresa que pode, desde logo, determinar o seu fim –, mas também pela própria natureza subsidiária da intervenção penal, haverá outras medidas reativas, de natureza não criminal, que podem ser adotadas pelos Estados como forma de assegurar os objetivos da Diretiva. Isto é, entre aquele primeiro plano de prevenção, a carga das empresas, e o último recurso de uma responsabilização criminal da empresa ligada à inobservância de um dever de diligência, há muitos outros mecanismos de que os Estados podem lançar mão, no cumprimento do seu dever de proteção de bens jurídicos, seja como forma de incentivar e reconhecer o compromisso da empresa com aquele dever de diligência – por exemplo, por via da certificação da empresa verde, através do chamado cartão verde – seja por via da reparação e indemnização civil dos danos causados ou ainda por recurso a sanções de natureza administrativa ou contraordenacional. Não pode, contudo, o Estado demitir-se ou ignorar esse dever essencial de proteção daqueles interesses fundamentais.

De facto, a observância de um dever de diligência das empresas não pode esgotar-se numa autofiscalização privada, exigindo uma supervisão pública e um controlo externo, designadamente por parte de entidades públicas, como se pode retirar das experiências postas em prática em outros ordenamento jurídicos, designadamente no ordenamento jurídico norte-americano, de modelos de *compliance* empresarial de natureza essencialmente privada, baseados na ideia de “autorregulação regulada”, favorecendo o que alguma doutrina vem etiquetando como o *compliance game*⁴.

2. Do *good corporate citizen* à “omissão” do Estado

Uma *due diligence* empresarial não é, no plano das ideias e das práticas empresariais, uma ideia nova. De facto, a política do *good corporate citizen* enquanto cultura empresarial autoimposta começa a ganhar terreno nos anos 90 do século passado nos EUA e depressa ganharia um espaço privilegiado no contexto da *corporate compliance*. A enorme relevância hoje reconhecida aos programas de *compliance* está também ligada, originariamente, a um certo contexto político e económico em que o Estado assume um papel passivo e secundário em matéria económica. O cumprimento normativo, enquanto instrumento de gestão e de prevenção do risco empresarial, tem a sua origem no ordenamento jurídico norte-americano, onde o Estado sempre optou por uma atitude liberalista ou não intervencionista, no sentido da não intromissão no mercado e na atividade empresarial⁵. É assim compreensível que a implementação de programas de *compliance* surja, mesmo antes da

⁴ William S. LAUFER, «A Very Special Regulatory Milestone», *J. Bus. L.* Philadelphia: Penn Law, 20/392 (2017), 392-428, disponível em <<https://scholarship.law.upenn.edu/jbl/vol20/iss2/4>>; também, do mesmo autor, «The Compliance Game», in Eduardo SAAD-DINIZ / Dominik BRODOWSKI, / Ana Luiza de SÁ, *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*, São Paulo: Liber Ars, 2015 Também, Susana Aires de SOUSA, «As diferentes faces dos programas de compliance», in Adan Nieto MARTIN / Eduardo Saad DINIZ, *Legitimidade e efectividade dos programas de compliance*, São Paulo: Tirant lo blanch, 2021, 29-38.

⁵ Eduardo SAAD-DINIZ / Rafael Mendes GOMES, *Manual de Cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2019, 31 e ss.; também Eduardo SAAD-DINIZ, *Ética negocial e compliance. Entre a educação executiva e a interpretação judicial*, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, 27 e ss.

década de 90 do século passado, essencialmente sob a forma de regulação empresarial privada, procurando prevenir determinada criminalidade económica, como o abuso de concorrência, a manipulação da informação do mercado de valores ou a corrupção. E, pelos menos no plano da responsabilidade por danos ligados a grandes empresas, parece ter falhado, revelando, simultaneamente, uma certa omissão do Estado em fazer responder os (grandes) agentes empresariais associados a práticas criminosas lesivas de interesses públicos, como a economia ou o ambiente. Não será certamente estranho à passividade pública no exercício da ação penal a circunstância de, em grande parte dos casos, a dimensão da empresa impor ao próprio Estado a sua sobrevivência (e impunidade) pelos custos económicos imputados à sua condenação. Ou seja, empresas, que pela sua importância sectorial ou económica, são *too big to fail and too big to jail*⁶.

A história recente mostra, assim, que fazer recair sobre as empresas um dever de diligência e de implementação de mecanismos de cumprimento e de monitorização pode não ser suficiente para assegurar a proteção dos valores e interesses juridicamente valiosos. São conhecidas na literatura as críticas que têm vindo a ser feitas aos programas de cumprimento normativo e aos mecanismos de *compliance* na prossecução de uma estratégia de controlo dos ilícitos empresariais: mais do que evitar o ilícito, o programa é visto como uma forma de evitar a responsabilidade⁷. Com efeito, o Estado confiava então às empresas a sua autorregulação, nelas delegando o dever de se autofiscalizarem. A prova desta auto-organização, documentada na existência de um programa de *compliance*, constituía evidência de que a empresa cumprira o dever de diligência que sobre ela recaía, permitindo-lhe assim evitar responsabilidade. Deste modo, os programas de cumprimento depressa se transformariam em programas de defesa antecipada das empresas, perdendo a sua matriz de reforço da integridade e ética corporativa⁸.

A razão desta mudança liga-se ao facto de a prova da *due diligence* passar a valer como critério, usado pelas autoridades supervisoras e

⁶ Brandon L. GARRETT, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, 26.

⁷ Susana Aires de SOUSA, «As diferentes faces dos programas de *compliance*», 37.

⁸ Acentuando esta mudança na natureza e finalidade dos programas de *compliance*, Todd HAUGH, «The Criminalization of Compliance», *Notre Dame L. Rev.*, Notre Dame: University of Notre Dame, 92 (2017) 1215 e ss.

judiciárias, para decidir sobre o início e decurso de uma investigação criminal ou de um processo sancionatório⁹. Não tardaria até que as grandes empresas investissem milhões em programas e mecanismos capazes de revelar o seu compromisso com uma ideia de boa governação; programas que afinal se mostravam capazes de seleccionar e ocultar informação em função de uma possível exclusão de responsabilidade. Como refere William Laufer, nos EUA há mais profissionais de *compliance* e de avaliação do risco empresarial e de auditoria do que polícias¹⁰. Estes gastos com *compliance* tornaram-se num custo, num preço, num seguro que a empresa suporta para evitar responder e responder criminalmente. As grandes empresas que possam estar associadas a crimes de fraude, de corrupção, crimes contra o ambiente, ou direitos humanos não enfrentam qualquer processo penal: antes mercantilizam a sua responsabilidade em troca de uma multa de milhões, de um *upgrade* ao seu programa de *compliance* e da identificação de pessoas individuais associadas à prática do crime¹¹. A consequência é a de que as grandes e médias empresas não são responsabilizadas (em 2020 nos EUA, num universo de 32 milhões de empresas houve 94 condenações criminais¹², todas de empresas de pequena dimensão); consequentemente, as vítimas não são reconhecidas e o sistema de justiça não convence a comunidade a que se dirige.

Esta história revela uma certa captura do Estado – do Estado de Direito – pelos grandes agentes económicos, com um custo que não pode ser medido: o custo da justiça que fica por fazer e a ausência de reconhecimento da dignidade dos valores violados¹³. O dever de

⁹ Desenvolvidamente e com adicionais referências bibliográficas, Susana Aires de SOUSA, «A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”», *Revista do Ministério Público*, Lisboa: SMMP, 158 (2019) 9-36.

¹⁰ William LAUFER, «Corporate compliance in contexto», in Marc ENGELHART / Hans KUDLICH / Benjamin VOGEL, *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, Teilband I, Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 2021, 461 e ss.

¹¹ Cf. desenvolvidamente, com adicionais referências bibliográficas, Susana Aires de SOUSA, «A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”», 30.

¹² Cf. os dados da UNITED STATE SENTENCING COMMISSION, *Quick facts: organizational offenders*, disponível em <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/quick-facts/Organizational-Offenders_fy20.pdf>.

¹³ Sobre este tema, desenvolvidamente, Susana Aires de SOUSA / William S. LAUFER, «The State's Responsibility for Corporate Criminal Justice», *Journal of Corpora-*

diligência foi na verdade instrumentalizado a uma certa privatização da ilicitude empresarial, retirando desta equação o Estado, na sua veste de protetor de interesses fundamentais. O “jogo do *compliance*” e da negociação de responsabilidade transforma o que é proibido em algo que passa ser internalizado como custo, um preço a suportar¹⁴. E quando a condenação pública desaparece, as vítimas tornam-se invisíveis e a essencialidade coletiva e comunitária dos bens jurídicos violados fica por reconhecer.

Esta é a lição que se retira da experiência norte-americana em matéria de *due diligence*. Será que aprendemos com a lição que nos chega do outro lado do Atlântico? Constitui esta Diretiva um sinal de que procuramos algo diferente? Dela é possível retirar um sinal dirigido aos Estados no sentido de que a boa-vontade das empresas na autoimposição de um dever de diligência em matéria de direitos humanos e do ambiente, sendo em si mesmo boa, não chega?

3. *Lessons learned?*

A proposta de Diretiva *on corporate due diligence* parece acolher a ideia de que cabe ao Estado – aos Estados-membros – um dever primordial de proteger os direitos humanos e de proporcionar às vítimas o acesso à justiça; cabe também ao Estado criar formas e mecanismos públicos que permitam responsabilizar as empresas que na sua atividade, incumprido aquele dever de diligência, violem bens jurídicos ou colaborem intencionalmente com terceiros que atentem contra os direitos humanos ou o ambiente.

Há vários momentos no texto da proposta de Diretiva reveladores desta preocupação com o papel do Estado enquanto entidade abstrata e superior, titular do dever de proteger bens jurídicos essenciais, muito embora essa preocupação estivesse mais precisa e vincada na Resolução do Parlamento Europeu, onde era claro que aos Estados cabe não apenas uma posição passiva ou de mera reação à violação daqueles interesses, mas sim um papel ativo logo no plano da prevenção de ofensas ao ambiente e aos direitos humanos.

tion Law, Iowa City: University of Iowa, 47/4 (2022) 1109, disponível em <https://jcl.law.uiowa.edu/sites/jcl.law.uiowa.edu/files/2022-09/deSousaLaufer_Online.pdf>.

¹⁴ Desenvolvidamente, Susana Aires de SOUSA / William S. LAUFER, «The State's Responsibility for Corporate Criminal Justice».

Não obstante, em ambos os textos, se recusa a mera delegação de funções no setor privado quanto à criação de uma específica estratégia de prevenção, cabendo à Comissão, consultando designadamente os Estados-membros, indicar as obrigações a cumprir pelas empresas na construção do plano estratégico da empresa, independentemente de, a uma análise mais fina, se poder questionar o grau de concretização dessas *guidelines*. O artigo 14.º do Projeto de Diretiva constante da Resolução do Parlamento Europeu constituía um exemplo do que acaba ser referido, prevendo a obrigação de a Comissão publicar orientações gerais não vinculativas destinadas às empresas sobre a melhor forma de cumprir as obrigações em matéria de dever de diligência. Essas orientações devem fornecer indicações práticas sobre como se realiza a proporcionalidade, atendendo a efeitos negativos, aos setores e zonas geográficas, ou ainda à dimensão e ao setor de atividade da empresa. De uma forma mais abstrata e genérica, a obrigação de emitir orientações gerais transitaria para o artigo 13.º da proposta de Diretiva.

Tal como previsto na Resolução do Parlamento Europeu, também a proposta de Diretiva prevê a designação de uma autoridade competente *pela supervisão* e aplicação da Diretiva e pela difusão de boas práticas em matéria de dever de diligência. Entre outras competências, cabe salientar a possibilidade de, identificada uma violação, a autoridade poder conceder à empresa um prazo adequado para tomar medidas corretivas, se essas medidas forem possíveis. Confere-se assim, nesta segunda oportunidade que é dada à empresa, uma preponderância à prevenção da ofensa de bens jurídicos em vez de se ceder a uma imediata sanção do incumprimento, ainda que, nesta proposta de Diretiva, se admita a possibilidade de aplicação cumulativa de sanções administrativas (artigo 18.º, n.º 4). Na verdade, uma supervisão e intervenção preventiva da autoridade pública pode ser bem mais eficaz na proteção dos bens jurídicos do que uma imediata intervenção sancionadora. Detetada uma irregularidade, pode ser mais eficiente conferir à empresa a oportunidade de a corrigir.

Esta ideia corresponde, na verdade – e agora num plano de análise ampliado à criminalidade empresarial em geral –, a uma estratégia político-criminal de prevenção e controlo da criminalidade económica em que o direito criminal constitui o topo e último lugar da pirâmide, procurando-se que as agências regulatórias tenham uma capacidade forte de reagir de acordo com o grau de cooperação ou não cooperação

da empresa¹⁵. A autorregulação e a cooperação com as autoridades, bem como a previsão de outros remédios sancionatórios, judiciais, como a responsabilidade civil ou extrajudiciais, como a reparação, devem estar antes do controlo e da reação penal. Esta era a racionalidade inerente ao projeto de Diretiva constante da Resolução do Parlamento Europeu (que parece manter-se, ainda que de forma mais moderada, na proposta de Diretiva apresentada pela Comissão).

Contudo, a resposta penal ao incumprimento das obrigações decorrentes do dever de diligência, ainda que no “topo da pirâmide”, seguindo a expressão de Ayres e Braithwaite, parece ter sido afastada, pelo menos do teor literal do projeto e da proposta de Diretiva. No artigo 18.º do projeto previa-se a obrigação de os Estados membros aplicarem sanções às infrações às normas que venham a ser adotadas por via da transposição desta Diretiva. Na proposta publicada pela Comissão esta norma transita, com modificações, para o artigo 20.º. Não se qualificam o tipo de sanções, se de mera ordenação social ou criminais, optando-se antes por estabelecer que as sanções que venham a ser previstas para a violação destas obrigações devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas, atendendo à gravidade da infração e ao facto de a infração ter ou não ocorrido repetidamente.

Contudo, se o projeto previsto na Resolução do Parlamento avançava com exemplos de sanções que os Estados poderiam adotar por forma a garantir o cumprimento da Diretiva (todas elas não penais), tal não se verificou na proposta Diretiva publicada pela Comissão em fevereiro de 2022. Com efeito, o projeto de Diretiva ia para além da coima (calculada a partir do volume de negócios da empresa), apontando sanções como a exclusão temporária ou indefinida¹⁶ de contratos públicos, de auxílios estatais, de regimes de apoio público, ou a apreensão de mercadorias – o que era e saudar. Este n.º 2 não foi acolhido pela proposta de Diretiva.

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 20.º da proposta de Diretiva da Comissão traz uma novidade em matéria sancionatória: para decidir da imposição de sanções e, em caso afirmativo, para determinar a sua natureza e nível adequado, devem ser tidos em devida conta os esforços

¹⁵ Ian AYRES / John BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 1992.

¹⁶ Refira-se que o carácter indefinido de uma sanção dificilmente passará os princípios que estruturam a responsabilidade penal em matéria sancionatória.

da empresa para cumprir quaisquer medidas corretivas que lhes sejam exigidas por uma autoridade de supervisão, quaisquer investimentos efetuados e qualquer apoio específico prestado nos termos dos artigos 7.º e 8.º, bem como a colaboração com outras entidades para corrigir os efeitos negativos nas suas cadeias de valor, consoante o caso. Abre-se assim espaço a uma possível negociação da responsabilidade sancionatória, o que, como se referiu, levado ao extremo, pode ter um efeito negativo de desconfiança na realização da justiça.

Na proposta nada se diz quanto à responsabilidade criminal das empresas. Como deve interpretar-se o silêncio da Diretiva quanto à responsabilidade criminal das empresas por atos que ofendam os direitos humanos ou o ambiente? Está este tipo de responsabilidade afastada? Tem a Diretiva algum impacto nesta responsabilidade criminal das empresas?

4. Que impacto pode ter a Diretiva na responsabilidade criminal das empresas?

Apesar de a Diretiva privilegiar medidas de *enforcement* não penais para assegurar o cumprimento das obrigações que venham a ser estabelecidas ao abrigo de um dever de diligência empresarial, não fica afastada uma responsabilidade criminal da empresa nos termos da lei nacional e por atos que nela estejam tipificados como crimes. Dito de forma simples, na medida em que o ordenamento jurídico interno admita, no exercício da sua soberania, a responsabilidade criminal das empresas¹⁷ e tipifique criminalmente atos ofensivos do ambiente

¹⁷ Nem todos os Estados-membros consagram a responsabilidade criminal de entes coletivos. Contudo, nos últimos anos, a Europa continental, contrariando a teoria clássica de um direito penal em torno do agente individual, tem vindo a assistir a uma expansão da responsabilidade criminal dos entes coletivos em resposta à criminalidade empresarial. Essa tendência, iniciada com a previsão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas a partir dos anos oitenta e noventa do século passado, nas leis penais portuguesa, francesa, belga, e holandesa, estendeu-se de um regime tido como excecional e extravagante aos Códigos Penais mesmo em países tradicionalmente avessos a uma responsabilidade criminal desta natureza, como ocorreu, em 2010, no âmbito do código penal espanhol. A abertura à responsabilização penal da pessoa coletiva foi-se alargando, para além dos ordenamentos jurídicos já referidos, a países como a Áustria, Dinamarca, Estónia, Eslovénia, Eslováquia, Holanda, Finlândia, Hungria, Irlanda, Luxemburgo ou Suíça. Do outro lado, procurando manter a

ou dos direitos humanos, haverá lugar a responsabilidade criminal do ente coletivo. A clarificação das obrigações devidas ao abrigo da Diretiva poderá eventualmente simplificar o juízo de imputação do facto ofensivo em entidades coletivas, compostas por uma diversidade de agentes individuais – questão desde sempre sujeita a um grau enorme de dificuldade, atendendo ao contexto organizacional e de pluralidade de intervenientes¹⁸.

Mais discutíveis no contexto das cadeias de valor – mas de enorme relevância no contexto da proteção dos direitos humanos e do ambiente – são os casos em que a empresa não comete ela própria nenhum crime, mas colabora com terceiros, esses sim, autores de crimes contra a humanidade ou contra o ambiente. A atividade da empresa constitui, deste modo, um auxílio à prática de atos criminosos que pertencem a terceiros, levantando-se a controversa questão de saber se uma empresa pode qualificar-se como cúmplice de um crime cometido por um terceiro¹⁹.

À debatida questão do estatuto de cumplicidade da pessoa coletivas, junta-se ainda o problema do enquadramento jurídico-penal de atos de auxílio realizados no contexto do exercício da atividade comercial. Trata-se do problema da cumplicidade *por atos ou comportamento quotidianos* (da vida diária ou da vida profissional)²⁰: é o caso da empresa que comercializa armas e que as vende para uma zona de conflito ou do banco que concede um empréstimo que virá ser usado na construção de uma obra em violação das regras urbanísticas. Ainda que de forma indireta, a Diretiva pode trazer alguma clarificação

fideliidade ao princípio *societas delinquere non potest* e recusando, pelo menos formalmente, uma responsabilidade criminal dos entes coletivos, encontram-se a Bulgária, a Grécia, a Itália, ou a Lituânia e, por enquanto, muito embora com o projeto legislativo em discussão, a Alemanha onde se discute atualmente a inclusão na legislação penal desta responsabilidade através da *Verbandsstrafgesetzn*.

¹⁸ Sobre a imputação do facto ao ente coletivo e os modelos vicarial e de autorresponsabilidade, com adicionais referências bibliográficas, veja-se, Susana Aires de SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019, 89 e ss.

¹⁹ Sobre este problema, com adicionais referências bibliográficas, Jorge de Figueiredo DIAS / Susana Aires de SOUSA, «Autoria e cumplicidade da empresa no século XXI: algumas reflexões», *Prof. Doutor Augusto Silva Dias in Memoriam*, vol. I, Lisboa: AAFDL Editora, 2022.

²⁰ Sobre o conceito, Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 3.^a ed., Coimbra: GestLegal, 974 e ss.

quanto à relevância criminal destas condutas ao apontar o seu possível sentido delituoso através do incumprimento das obrigações de diligência que passarão a ser exigidas. Isto é, ao impor-se uma estratégia de *due diligence* que implique uma análise de efeitos negativos junto daqueles com a empresa tem uma relação empresarial direta, será bem mais difícil invocar o desconhecimento do sentido delituoso da ação de terceiro como critério de exclusão da responsabilidade. Neste sentido, impor-se uma estratégia de boa governação, pode constituir um forte fator de limitação a atos empresariais que se materializam num auxílio a uma atividade criminosa de terceiro.

5. Conclusão

A concluir, uma nota sobre o momento presente. A sombra dos tempos recentes parece indiciar mudanças no que se refere à relevância de uma atuação empresarial que favoreça a violação de direitos humanos por parte de outrem. Tenha-se presente o recente caso Lafarge e as decisões que sobre ele têm vindo a ser proferidas²¹.

O grupo franco-suíço Lafarge-Holcim é um grupo multinacional que atua na área da construção civil. Uma das suas filias situava-se na Síria, onde foi mantendo a sua atividade durante a guerra-civil nos anos de 2012-2014. O grupo terá pago cerca de 13 milhões de euros ao ISIS – *Islamic State of Iraq and Siria* – para manter a sua produção e garantir o acesso a matérias-primas e o acesso dos trabalhadores. Tudo isto apesar da guerra civil, da crise humanitária e das ações terroristas e contra a humanidade levadas a cabo, na Síria, pelo Estado Islâmico. Em 2016, duas organizações não governamentais apresentaram queixa num tribunal francês contra o grupo empresarial, por cumplicidade em crimes contra a humanidade e por autoria do crime de financiamento de terrorismo. Em 2019, o tribunal de apelação manteve a acusação por financiamento de terrorismo, mas entendeu não haver indícios suficientes quanto à cumplicidade em crimes contra a humanidade. Houve, contudo, recurso por parte das organizações não

²¹ Sobre este caso, Benedita SEQUEIRA, «O caso “Lafarge”: responsabilizar as empresas no campo de batalha», *Revista Electrónica de Direito*, Porto: CIJE, 3 (2021), disponível em: <<https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2021-nordm-3/o-caso-lafarge-responsabilizar-as-empresas-no-campo-de-batalha/>>.

governamentais que iniciaram este processo. A 7 de setembro de 2021, a *Cour de Cassation* inverteu aquela decisão, entendendo haver indícios de cumplicidade da empresa nos crimes contra a humanidade cometidos pelo ISIS²². Entendeu o tribunal que se pode ser cúmplice de crimes contra a humanidade mesmo que não haja uma expressa intenção de se associar à comissão daqueles crimes. Neste caso – continua – “o conhecimento de que se está a dar milhões de dólares a uma organização que tem uma finalidade exclusivamente criminal é suficiente para afirmar a cumplicidade ainda que a empresa tivesse atuado na prossecução da sua atividade comercial”. A decisão acrescenta ainda, com relevância para o tema da cumplicidade por ações neutras ou quotidianas, ser irrelevante que o cúmplice atue na prossecução de uma atividade comercial.

Este caso poderá a vir a ser um dos primeiros casos em que uma empresa é julgada, em tribunal criminal, por, no exercício da sua atividade, ter favorecido, enquanto cúmplice, a prática de crimes contra a humanidade realizados por terceiros. De facto, no tempo presente parece ouvir-se uma brisa de mudança no que ao dever de diligência empresarial diz respeito, restando esperar pelo futuro.

²² A decisão está disponível em <<https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2021/09/19-87367.pdf>>.

