



SORAIA ALEXANDRA GODINHO COSTA

***DA RESPONSABILIDADE JURÍDICO-PENAL DO DIRIGENTE EMPRESARIAL
NO EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES***

Dissertação de Mestrado, na área de especialidade em **Ciências Jurídico-Criminais**, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação da Exma. Senhora Doutora Susana Aires de Sousa.

Coimbra, 31 de Outubro de 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



***Da Responsabilidade Jurídico-Penal do Dirigente
Empresarial no Exercício das suas Funções***

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito conducente ao grau de Mestre, na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação da Exma. Senhora Doutora Susana Aires de Sousa.

SORAIA ALEXANDRA GODINHO COSTA

Coimbra, 31 de Outubro de 2014

***“A NOSSA VOCAÇÃO É DE PERMANENTE
PROCURA DE UMA VERDADE QUE PERSISTE
EM OCULTAR-SE.”***

Cândido da Agra

INDÍCE

I. Referências Introdutórias.....	6
II. Da Responsabilidade Jurídico-Penal do Dirigente Empresarial: Breves Reflexões sobre Autoria e Comparticipação	11
1. Da Autoria e Comparticipação no Contexto Empresarial e da Adequação dos Princípios e Figuras Jurídicas Clássicas.....	11
1.1. A autoria mediata através do domínio da organização.....	15
1.2. A co-autoria	21
1.3. A instigação-autoria	23
2. Da Autoria e Comparticipação no Contexto Empresarial: dos Crimes Específicos.....	26
2.1. A actuação em nome de outrem: o artigo 12º do Código Penal	27
2.2. A ilicitude na comparticipação: o artigo 28º do Código Penal	36
3. A responsabilidade dos administradores e representantes nos crimes omissivos: o dever de garante.....	42
4. A delegação de funções dos administradores e dos representantes e a sua responsabilização penal.....	47
III. Do Direito Penal Societário e da Responsabilização Criminal do Dirigente Empresarial.....	51
1. Breve enquadramento histórico e perspectivas de Direito Comparado: o Fundamento da consagração dos crimes societários.....	55
2. A sistematização e codificação do Direito Penal Societário.....	62
3. O bem jurídico tutelado pelas incriminações: um estudo de diferentes posições doutrinárias.....	65
4. Considerações de ordem geral: os princípios comuns dos crimes societários (artigo 527º do CSC)	74

5.	Da problemática técnica-legislativa utilizada na construção dos crimes societários.....	77
6.	A natureza processual dos crimes societários	85
7.	Da efectiva e problemática ineficácia do sistema: da indispensável indagação de um futuro para o direito penal societário	90
IV. Do Direito Penal de Insolvência e da Responsabilidade Jurídico-Penal do Dirigente Empresarial no Exercício das suas Funções		98
1.	Uma breve viagem pela história recente do Direito da Insolvência	99
2.	Do bem jurídico tutelado nos crimes insolvenciais: um estudo de diferentes posições doutrinárias.....	110
3.	Os crimes de insolvência no Direito Penal Português.....	113
3.1.	O crime de insolvência dolosa	114
3.2.	O crime de frustração de créditos.....	117
3.3.	O crime de insolvência negligente	118
3.4.	O crime de favorecimento dos credores	123
4.	Da problemática temática da prescrição	126
V. Conclusão.....		130
VI. Referências Bibliográficas.....		133

SIGLAS E ABREVIATURAS

AR	Assembleia da República
CC	Código Civil
CCOM	Código Comercial
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa
CP	Código Penal
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT	Código do Trabalho
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DL	Decreto-Lei
EM	Estado-membro
NRP	Nota de rodapé
PjCP	Projecto do Código Penal
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães

TRL Tribunal da Relação de Lisboa

TRP Tribunal da Relação do Porto

CAPÍTULO I

REFERÊNCIAS INTRODUTÓRIAS

O Direito Penal contemporâneo sente, cada vez mais, a necessidade de focar as suas preocupações em comportamentos criminais com carácter predominantemente económico desenvolvidos e executados no seio de uma determinante e evidente realidade social: a Empresa. Nas sábias palavras de Faria Costa, o “desenvolvimento técnico e tecnológico (...) levou a que o homem passasse a agir, dentro da sociedade civil, quase que de uma forma exasperada, através da “personagem” que a empresa (...) representa”², erguendo-se esta aos olhos do Direito Penal como núcleo potenciador da execução de crimes³. Com o surgimento da nova economia e face à recente crise global, especialmente, dos mercados financeiros, é premente a adopção e adaptação da regulamentação às novas realidades.

Do amplo quadro de criminalidade económica⁴, é a, comumente denominada, *Criminalidade de Empresa*, composta pelos crimes económicos que se cometem a partir da

² COSTA, José de Faria, *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 2, fascículo 4, Outubro-Dezembro, 1992, p. 539.

³ A noção de empresa serve de ponto de partida para conceber uma divisão de diferentes tipos de criminalidade económica: a criminalidade exterior à própria empresa, os crimes que surgem na própria empresa contra esta, a criminalidade imputável a pessoas da empresa contra outros membros e a criminalidade que se projecta da empresa. Divisão de criminalidade empresarial que segue os ensinamentos de Faria Costa, vide: COSTA, José de Faria, *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)*, *ob. cit.*, p. 543.

⁴ Apresentar uma noção de criminalidade económica ou mesmo de crime económico não é fácil. Vários são os critérios que têm sido, ao longo dos tempos, apresentados pela doutrina, desde o agente do crime, à conexão com a profissão desenvolvida, ao bem jurídico tutelado, à violação de uma relação de confiança, à ligação ao conceito de empresa, à conexão com um ambiente económico até à determinação formal pelo

empresa, ou melhor dito, mediante a actuação para uma empresa⁵, que assume, para nós, como a de maior relevância. É relativamente a ela que se geram “problemas dogmáticos novos e complexos, quer substantivos, quer probatórios”⁶.

Na realidade, graças à evolução do último século emergiram, no paradigma social actual, grandes empresas que, encontrando as suas raízes na globalização e no controlo da economia (encabeçado, geralmente, por poucas e determinadas empresas multinacionais), ditam as suas próprias leis, muitas vezes à margem ou com um total desrespeito pelas normas jurídicas que regularizam as suas actividades. Esta desconsideração pelo ordenamento jurídico consagrado raramente resulta na responsabilização penal das pessoas físicas responsáveis, uma vez que no quadro das organizações empresariais, focando-nos principalmente nas de maior dimensão, as actividades são desenvolvidas com recurso a um complexo organograma na qual predomina a divisão de tarefas, no plano horizontal, e as relações hierárquicas, no plano vertical⁷, o que dificulta gravemente a determinação da autoria das condutas criminosas. Desta complexidade estrutural decorre, concretamente, uma separação entre a decisão de prática de um comportamento penalmente reprovável efectuada pelos dirigentes empresariais, na maioria dos casos, e a execução dessa mesma decisão.

Destas particularidades emerge o risco potencial de desenvolver as actividades empresariais à margem do direito, com comportamentos considerados como consequências naturais e normais em resultado do próprio sistema económico e dos seus princípios

legislador de um conceito. Com efeito, apreender a criminalidade que estamos a mencionar é uma tarefa complexa, mas tendo em consideração que, actualmente, a função principal do direito penal é a tutela de bens jurídicos, podemos indicar que a criminalidade económica é toda aquela que coloca em causa bens jurídicos tutelados em função da sua relevância directa para o sistema económico que se pretende assegurar, encontrando, portanto, a sua densidade axiológica na ordenação jurídico-constitucional da organização económica, nos termos do artigo 80º da CRP (noção que está longe de ser unânime). Na generalidade, os bens jurídicos tutelados, no âmbito da criminalidade económica, são supra individuais, relacionando-se com a concepção de homem enquanto ser social, que vive em comunidade.

⁵ Com uma noção semelhante de criminalidade da empresa vide: SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, in: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, volume XLI, 1988, p. 529.

⁶ MENDES, Paulo de Sousa, *Responsabilidade criminal das sociedades comerciais*, in: Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 2, 1993, p. 157.

⁷ Na actuação em contexto empresarial é possível diferenciar dois planos de atribuição de responsabilidade: o nível horizontal “relativo à divisão de trabalho e à interacção dos membros do órgão directivo e o nível vertical, o relevante para o estudo visado, “atinentes à relação dos dirigentes com os outros escalões da empresa na realização do facto típico” (DIAS, Augusto Silva, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 211).

orientadores, como a maximização do lucro, do consumo e da produção. Risco que é confrontado com uma maior intervenção estadual no ordenamento jurídico, como resposta ao papel central que a economia e os mercados financeiros assumem, dando azo à incendiária discussão da legitimidade de criminalizar determinadas condutas⁸. Discussão que, ainda hoje, é patente, observando-se em certos ordenamentos jurídicos um movimento de descriminalização.

A opção pela criminalização não pode esquecer ou descartar o *modus operandi* típico das actividades empresariais, pautado pelo risco de tomar má decisões⁹, sendo que se, por um lado, a linha que separa o lícito do ilícito é, na generalidade, ténue, por outro, a comunidade tende, ou tendia, tradicionalmente, a assumir uma posição de tolerância relativamente a este tipo de criminalidade. Contudo, o número elevado de fraudes e o impacto dos avultados prejuízos económicos repercute-se na necessidade de intervenção legislativa, inclusive de natureza criminal, sem que, no entanto se descure os princípios basilares do Direito Penal, como o da dignidade penal, intervenção como *ultima ratio* ou

⁸ O movimento de criminalização de condutas com carácter predominantemente económico teve na génese a necessidade de reprimir a criminalidade de *colarinho branco*. O fenómeno do crime económico é sujeito de muitos ramos de saber, nomeadamente a criminologia, onde, pode mesmo dizer-se, surgiu a curiosidade e o interesse no estudo de tal fenómeno com a realização de inúmeras investigações focadas na especial natureza e qualidade do agente do crime, constituído por pessoas de elevado estatuto socioeconómico, os denominados *white collar criminals*. Actualmente, a expressão crimes de colarinho-branco, ou criminosos de colarinho branco, perdeu o seu valor científico, devido, por um lado, à consciência de que muitas condutas lesivas da ordem económica eram, igualmente, praticadas por agentes de inferior inserção económico-social, os designados *blue collar criminals*, e, por outro lado e com especial destaque, a inaceitabilidade, num Estado de Direito Democrático, criminalizar condutas com base no critério do agente que as pratica, por oposição à legitimidade derivada do recurso ao critério jurídico do bem jurídico digno de tutela penal.

A criminalidade económica deparava-se, no seu início, com uma forte resistência, sendo denominada, por alguns, como um fenómeno de *hipercriminalização*, porque ofendia os princípios clássicos económicos, nomeadamente o princípio da liberdade de exercício de actividades económicas, restringindo a livre iniciativa e negando a finalidade de obtenção de lucro. Todavia, nos últimos anos, temos assistido a profundas mutações socioeconómicas e, embora ainda exista alguma resistência à criminalização de certas condutas da vida económica, actualmente a necessidade de consagrar criminalizações no âmbito societário é, na generalidade, aceite.

Para um estudo do Direito Penal Económico segundo uma perspectiva histórica, comparatística e de evolução em Portugal e a procura de uma definição vide, a mero título exemplificativo: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*, in: Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 262, Lisboa: Ministério da Justiça, 1977.

⁹ Não se deve desconsiderar o facto de que a sociedade comercial seria gravemente prejudicada se as decisões tomadas pelos seus administradores pudessem ser constantemente questionadas em Tribunal com o intuito de o obter a sua consequente responsabilização, seja criminal, seja civil (designadamente por conduta ilícita resultante da violação dos deveres que lhes incumbe, como o de cuidado). Na realidade, tal fenómeno acabaria por transferir a autoridade decisória para as pessoas com legitimidade para requerer aquela responsabilidade. Sendo assim, assume-se a tomada de decisões arriscadas como economicamente benéfica, evitando a perda da indispensável capacidade e tendência para inovar e a disponibilidade para o risco empresarial.

mesmo o da necessidade punitiva, especialmente quando outros ramos jurídicos são assumidos como mais adequados e eficazes.

Neste contexto, a discussão sobre a efectiva responsabilidade do administrador empresarial¹⁰ é incontornável, especialmente face à ruptura financeira de certas sociedades comerciais e financeiras que ganharam contornos internacionais e que deram origem a inúmeros processos judiciais¹¹, como são exemplo: a Parmalat, a Enron, a Arthur Andersen, a Lehman-Brothers, a Bernard Maddof Investment Securities e, entre nós, os badalados casos do BPI e o, tão actual, BES; ruptura financeira que, em parte, se deveu à gestão danosa dos seus dirigentes e teve enormes repercussões económicas e sociais e que, no mundo internacional em que hoje vivemos, em que as fronteiras se esbatem, não se restringe a determinada zona geográfica mas obtém expansão europeia e, em certos casos até, internacional.

A criminalidade desenvolvida no seio empresarial, em inúmeras situações, resulta na responsabilização de agentes secundários e nunca os reais e autênticos responsáveis, potenciando a eventual existência de uma “irresponsabilidade organizada”¹². Responsabiliza-se¹³, exclusiva ou a título principal, o sujeito que executa o acto, relegando as posições de direcção a um papel periférico ou mesmo de impunidade, o que é, evidentemente, inaceitável. A responsabilização dos administradores ou dirigentes, de uma organização empresarial, que decidem, organizam e controlam o facto criminalmente relevante, muito embora não participem directamente na sua execução, é obrigatoriamente uma problemática com elevado destaque. Desta constatação só pode resultar um necessário

¹⁰ Ao longo do presente trabalho recorreremos à expressão “administrador” no seu sentido amplo, pois a designação dos titulares dos órgãos de administração depende do tipo societário, assim, na sociedade por quotas, na sociedade em comandita e na sociedade em nome colectivo, a denominação correcta é gerente, nas sociedades anónimas falamos de administradores.

¹¹ As novas práticas e o impacto destes novos casos tiveram como efeito o despertar dos Tribunais, que de certo modo relegavam estas questões para uma posição secundária, para a necessidade de aferir a responsabilidade efectiva do administrador empresarial.

¹² *Delincuencia Empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2004, p. 25, apud SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e da participação no contexto empresarial*, in: Separata de STVDIA IVRIDICA, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 1006.

¹³ No âmbito da *criminalidade de empresa*, a problemática que mais se destaca será a da responsabilização penal da pessoa colectiva. No entanto, os problemas que esta origina não se limitam àquele, destacando-se, igualmente, a responsabilidade jurídico-penal das pessoas singulares que desenvolvem e executam os factos ilícito-típicos. Na verdade, podemos defender que esta última responsabilização é prioritária, pois são as pessoas singulares que actuam e, conseqüentemente, deve ser em relação a elas que as sanções jurídico-penais devem, em primeira linha, incidir.

confronto entre esta nova e emergente realidade com as categorias dogmáticas clássicas e estruturantes do Direito Penal, nomeadamente, e a mero título exemplificativo, em matéria de autoria e comparticipação, temática que será alvo de estudo numa primeira parte da presente dissertação.

Ademais, em Portugal, a responsabilização criminal do administrador assume uma especial relevância, sendo indispensável inferir da adequação da lei portuguesa para responder aos inúmeros desafios que diariamente lhe são colocados. Para tal, é necessário indagar sobre a desactualização da legislação nacional, parada no tempo e incapaz de acompanhar a prática económica e, como tal, inapta para responder a problemas específicos que surgem em matéria societária. Efectivamente, são inúmeros os diplomas portugueses que prevêm disposições normativas relacionadas com a responsabilização penal de dirigentes societários, em que se destaca o próprio Código Penal, o Código das Sociedades Comerciais, o Decreto-Lei 28/84, de 20 de Janeiro, consagrador do regime de infracções económicas e contra a saúde pública, e a Lei n° 15/2001, de 15 de Junho, que aprova o regime geral das infracções tributárias.

Neste âmbito, dedicar-nos-emos a tentar compreender em que medida a legislação nacional pune condutas e actos praticados por administradores no exercício concreto das suas funções mediante a adopção de crimes específicos que assumem a gestão danosa como digna de tutela pelo Direito Penal. Neste último âmbito, e porque referir tudo seria humanamente impossível, o foco do estudo serão os crimes societários, previstos no Código das Sociedades Comerciais, e a insolvência criminal, consagrada no Código Penal.

Com o objectivo de atingir o desiderato enunciado, começaremos, portanto, visto ser o metodologicamente mais correcto, a presente dissertação com algumas alusões às matérias de autoria e comparticipação; estudo sem o qual a compreensão e absorção da temática visada, a responsabilidade penal dos dirigentes administrativos no exercício das suas funções não seria, de todo, possível.

CAPÍTULO II

DA RESPONSABILIDADE JURÍDICO–PENAL DO DIRIGENTE EMPRESARIAL: BREVES REFLEXÕES SOBRE AUTORIA E COMPARTICIPAÇÃO

1. Da autoria e participação no contexto empresarial e da adequação dos princípios e figuras jurídicas clássicas

O primeiro passo a ser dado no âmbito do presente estudo consiste em inferir sobre a responsabilidade penal dos administradores e representantes das sociedades pelos crimes praticados no seu âmbito, ou seja, da punição de pessoas físicas que na qualidade de administrador ou dirigente societário actuam funcionalmente para a sociedade. Efectivamente, considerando os princípios gerais do direito societário, os titulares dos órgãos societários poderiam não ser responsabilizados. O acto é do órgão e, por sua vez, o órgão é da sociedade. Todavia, a responsabilização exclusiva da pessoa colectiva surgiria apenas como consequência meramente formal da ideia de órgão, abstraindo-se da realidade societária. O estudo da criminalidade de empresa, como criminalidade originária numa pessoa colectiva, não pode ignorar que esta criminalidade é praticada por indivíduos que manifestam e executam a vontade da pessoa colectiva, sujeitos que necessariamente são pessoas singulares que compõem os órgãos.

Contudo, devido à hierarquização e à divisão de trabalhos¹⁴, a maioria dos crimes resultam da confluência de comportamentos fragmentários de diversos sujeitos. O que só pode resultar numa complicada subsunção aos tipos de ilícito e, conseqüentemente, na dificuldade de responsabilização jurídico-penal desses sujeitos. Como bem realça Gracia Martín¹⁵, esta dificuldade não se pontualiza somente pelos limites substantivos decorrentes dos clássicos instrumentos de direito penal, mas também pelas dificuldades processuais sentidas, especialmente ao nível da prova.

No âmbito da empresa, o delito criminal pode ser cometido por um trabalhador subordinado que actua no cumprimento de ordens superiores e no exercício de certas competências. A responsabilização deste trabalhador gera problemas que não podem ser ignorados, principalmente, quando consideramos que, segundo uma lógica empresarial, não é expectável que o trabalhador-subordinado¹⁶, em circunstâncias consideradas normais, não execute as tarefas que os superiores hierárquicos lhe solicitem, mesmo cessando o dever de obediência quando tais direcções repercutam na prática de um delito. A ameaça de um eventual despedimento, conjuntamente com outros motivos eventuais, é sempre um fantasma que influencia o comportamento dos trabalhadores na escolha pelo incumprimento desse dever. Além do mais, nem sempre o trabalhador tem a consciência e o tempo para uma imprescindível reflexão, existindo simplesmente um “cumprimento “cego” e “mecânico” de ordens e instruções”¹⁷ advindas do quadro superior hierárquico. Deve então o trabalhador-subordinado assumir em exclusivo a responsabilidade ou, no mínimo, ser o principal responsável? Não nos parece. Defender tal posição resultaria no crescimento do sentimento de impunidade por parte dos verdadeiros responsáveis;

¹⁴ Para Gomez-Jara Díez, a verticalidade das relações não é resultado da hierarquia caracterizadora do organigrama empresarial, mas da divisão de trabalho. DÍEZ, Carlos Gómez-Jara, *¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas*, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano, volume 68, 2007, p. 169.

¹⁵ MARTÍN, Luis Gracia, *La responsabilidad penal del directivo. Organo y representante de la empresa en el derecho penal español. Estudio específico de los problemas dogmáticos que plantea el delito cometido a partir de una “actuación en lugar de otro”*, in Hacia un Derecho Penal Económico Europeo: Jornadas en Honor del Professor Klaus Tiedmann, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 83, *apud* TORRÃO, Fernando, *Societas delinquere potest? Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 139.

¹⁶ Note-se que o objectivo do nosso estudo é apenas a responsabilidade dos titulares dos órgãos sociais e dos representantes da sociedade. No entanto, incidental e abreviadamente pode ser necessário referir a responsabilidade dos agentes do facto ilícito que não detenham tais qualidades.

¹⁷ TORRÃO, Fernando, *Societas delinquere potest? Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*, *ob. cit.*, p. 142.

sensação de impunidade comum, na habitualmente designada, “responsabilidade para (a)baixo”¹⁸.

Da consciência dos riscos inerentes à “responsabilização para (a)baixo” resulta a necessidade de questionar o modo como se deve nortear a procura dos responsáveis no âmbito empresarial nos diversos níveis hierárquicos; viagem cujo ponto de partida parte da perfeita concepção que nem sempre é possível determinar o grau de participação de cada indivíduo, nem a correspondente responsabilidade jurídico-penal e, por vezes, nem será possível determinar o superior hierárquico que ordenou ou, simplesmente, induziu a execução do ilícito-típico, pois a própria complexidade do organograma empresarial e o desrespeito deste não o possibilitam. Claro fica, no entanto, que são as normas gerais previstas no artigo 26º e seguintes do CP que possuem vocação para a descoberta de uma possível solução.

Assim, na tentativa de encontrar uma solução para a responsabilização individual em contexto empresarial, doutrina e jurisprudência de inúmeros países têm, tendencialmente, responsabilizado jurídico-penalmente, em primeira linha, os órgãos directivos, os órgãos de chefia, e só, num segundo momento, os órgãos de execução¹⁹.

Verificado este movimento, emerge-nos como necessário e premente inferir da compatibilidade desta “responsabilização para (a)cima” com os princípios fundamentais de direito penal, nomeadamente, os princípios da tipicidade e da culpa jurídico-penais. A resposta alcançada só pode e deve ser uma: a da sua incompatibilidade.

De um ponto de vista sociológico é natural a concepção dos órgãos dirigentes como o centro da responsabilidade empresarial, pois aos administradores ou dirigentes compete delinear a lógica organizacional e empresarial da empresa²⁰. No entanto, não é aceitável

¹⁸ Denominação utilizada pela maioria doutrinária que desenvolveu estudos em matéria de autoria e participação no contexto empresarial.

¹⁹ A tendência doutrinal e jurisprudencial de “responsabilizar para (a)cima” repercutiu-se em trabalhos legislativos recentes, designadamente no artigo 12º e 13º do *Corpus Iuris 2000* em que se consagra a responsabilidade do dirigente ou de quem tem o poder de decisão ou controlo no contexto empresarial pelos actos desenvolvidos por um dos seus subordinados em benefício da empresa, se, com conhecimento, permitiu tal acto; e no artigo 28º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, fora do contexto da criminalidade empresarial, que prevê a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos pelos crimes da competência deste tribunal. Ambos os diplomas disponíveis para consulta em: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus_juris_en.pdf. E http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm, respectivamente.

²⁰ Ao conselho de administração de uma sociedade e, mais concretamente, aos administradores compete gerir as actividades da sociedade, o que compreenderá as decisões estratégicas sobre os objectivos empresariais a

conceber mecanismos que possibilitem sempre a responsabilização jurídico-penal destes órgãos. Esta concepção só seria possível se aceitássemos a existência de uma direcção absoluta composta por pessoas onnipotentes, o que como bem salienta Bernd Schünemann, em qualquer sistema dominado por seres humanos é integralmente irrealista²¹.

O mesmo autor vai mais longe e alerta-nos para o facto de nem sempre os órgãos de direcção possuírem a capacidade para adoptar posições reflectidas e postas à prova, uma vez que apenas possuem uma parcela limitada das informações necessárias, actuando frequentemente como “instrumentos del *management* intermedio”²², sendo manipulados sem a sua percepção. Ademais, com os actuais processos de descentralização da decisão e da acção, com grande relevância em multinacionais de grande dimensão, é de questionar se os órgãos de direcção não perderam o domínio da sua própria organização²³.

As simplistas soluções de “responsabilizar para (a)baixo” ou de “responsabilizar para (a)cima” são de rejeitar, sendo necessário procurar padrões de tratamento igualitário²⁴, o que, em grande medida, corresponderá a uma obrigatória e indispensável análise casuística. Só o exame de cada caso concreto possibilita determinar a função desempenhada por cada um dos agentes e intervenientes e, em resultado, aferir da responsabilidade jurídico-penal individual do agente executor e dos dirigentes, partindo da consciência de que todos podem ser responsabilizados e que cada um é responsável pelos actos que comete, independentemente da posição na estrutura empresarial que ocupe.

Os órgãos directivos, ao possuírem a competência para tomar decisões, são, em resultado, considerados pela opinião comum como o centro da criminalidade empresarial.

longo prazo, a organização de meios produtivos, a dimensão e localização das empresas, as várias políticas empresariais, o provimento de postos laborais de direcção, o sistema de informações e todos os actos necessários ao desenvolvimento dos fins empresariais. Vide: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das sociedades comerciais*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2010, p. 40.

²¹ SCHÜNEMANN, Bernd, *Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación*, in: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, volume LV, 2002, p. 16.

²² *Ibidem*, p. 12.

²³ SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e da participação no contexto empresarial*, *ob. cit.*, p. 1010.

²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, *ob. cit.*, p. 535.

Não obstante, a consagração do crime colegial²⁵, em que os administradores responderiam pela decisão tomada pelo órgão que compõem, se fosse constitutiva de crime ²⁶, é, invariavelmente, de rejeitar. A responsabilização criminal dos administradores que intervieram na adopção de uma decisão conjunta é estritamente pessoal, não sendo aceitável a generalização automática da responsabilidade a todos os membros do órgão, sendo crucial avaliar, relativamente ao facto concreto, o grau de domínio de cada um dos administradores, recorrendo à aplicação das regras gerais de comparticipação.

Ora, neste contexto, e no seguimento dos ensinamentos de Germano Marques da Silva, a aplicação de regras gerais de comparticipação aos crimes cometidos no quadro empresarial coloca uma problemática de extrema complexidade, que podemos sintetizar em três questões bases:

- a) “Quando e quem responde por participar na adopção de uma decisão de um órgão colegial;
- b) Como se determina a responsabilidade individual pela intervenção na adopção da deliberação;
- c) Quem responde pela execução da deliberação”²⁷.

Questões que tencionamos responder na exposição que se segue.

1.1. A autoria mediata através do domínio da organização

Ora, no âmbito da actividade empresarial, cada um responde pelos factos que pratica e executa, seja por acção, seja por omissão, não importando quem é na estrutura hierárquica societária – tanto respondem, como co-autor, instigador ou cúmplice, os membros do

²⁵ O crime colegial foi desenvolvido pela doutrina italiana, caracterizando-se pela responsabilização das pessoas que, ao estarem legalmente constituídas como órgão colegial de uma pessoa jurídica, praticam crimes no exercício das suas competências. Categoria que surgiu para fazer face às dificuldades probatórias inerentes a este tipo de crimes, evitando-se o recurso às categorias clássicas da autoria e comparticipação.

²⁶ Os artigos 72º e 73º do CSC consagra a responsabilidade civil solidária dos gerentes ou administradores para com a sociedade pelos danos causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, excluindo-se da responsabilização os gerentes ou administradores que não tenham participado ou tenham votado vencido, se se tratar de danos resultantes de uma deliberação social; o administrador que não exerceu o direito de oposição conferido por lei, quando estava em posição de o exercer responde solidariamente pelos actos a que se poderia ter oposto.

²⁷ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa: Verbo, 2009, pp. 322-323.

conselho de administração ou dos outros órgãos societários, como os dirigentes de direito ou de facto, como os trabalhadores subordinados. Todos podem responder, contudo, compete-nos apurar se os princípios clássicos de co-autoria, instigação e de cumplicidade são suficientemente amplos para incluir as condutas típicas-ilícitas praticadas no quadro empresarial e de que modo se processa.

Como já podemos salientar, no contexto empresarial, o preenchimento de um determinado tipo de ilícito decorre do conjunto resultante de várias condutas humanas fragmentárias, semelhantemente ao que decorre em situações de comparticipação. Mormente quando estamos perante organizações compostas por estruturas hierarquizadas, a pessoa que comete o crime fá-lo seguindo ordens de superiores hierárquicos responsáveis pelas decisões. Os superiores hierárquicos, devido à distância que separa a execução do acto e a respectiva lesão do bem jurídico e a tomada de decisão, podem estar inconscientes da sua contribuição para a produção do facto ilícito ou atribuem-lhe um carácter inofensivo. Ou, em perfeita oposição, são os responsáveis pelo planeamento da prática do crime, transmitindo ordens aos dirigentes intermediários, ordens que são executadas pelos subordinados destes últimos, numa rede complexa de acções individuais.

Para determinar a responsabilidade penal na criminalidade organizada, a jurisprudência alemã, no caso Krenz, pioneiramente, recorre à figura da autoria mediata através do domínio da organização, cuja construção teórica se deve a Claus Roxin²⁸ a partir da referência histórica dos crimes nazis²⁹. Antes de concretizarmos algumas elucidações sobre esta tese e a sua relevância no quadro empresarial, iremos tecer pequenas alusões à figura jurídica da autoria mediata.

A figura da autoria mediata encontra a sua raiz na teoria do domínio do facto, critério largamente aceite para determinar a autoria criminosa³⁰. Sumariamente, porque um

²⁸ A Claus Roxin atribui-se o estudo aprofundado e sistemático desta problemática na obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, de 1963, por várias vezes, reeditada e adicionada. Contudo, a expressão foi, primeiramente, usada por Hegler com um sentido distinto do que hoje lhe é atribuído.

²⁹ Os crimes praticados durante o regime nazi serviram de referência para a criação e desenvolvimento desta forma de autoria mediata. Quando, na conjectura nazi, um superior hierárquico (designadamente, Hitler, Himmler ou Eichmann – este último possuidor de uma posição intermédia na escala hierárquica da organização nacional-socialista) ordenavam uma morte, não duvidavam que essa ordem seria executada, uma vez que uma eventual recusa não evitaria essa morte, apenas seria executada por um agente diferente, falava-se de uma certa automaticidade na execução dos actos. Vide: ROXIN, Claus, *Autoria mediata através de domínio da organização*, in: Lusíada, nº 3, 2005, p. 41.

³⁰ O critério de domínio do facto surge como resposta às desvantagens de uma teoria puramente subjectiva, em que autor seria aquele que actua com vontade de autor, isto é, que quer o facto como próprio, e as críticas

estudo completo desta teoria seria motivo de realização de um outro ensaio, autor, de acordo com esta concepção, seria quem domina o facto, ou seja, aquele que avoca a execução nas suas próprias mãos, sendo que o *como* e o *se* da realização típica são definitivamente dependentes dele. O autor seria não só quem possui o domínio objectivo do facto, mas, igualmente, quem possui a vontade de o dominar: o facto surge “numa sua vertente como obra de uma *vontade* que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objectivo”³¹.

Esta concepção não assume um carácter de princípio universal, na verdade, não se adequa aos delitos negligentes, aos de omissão, aos delitos de deveres ou aos de mão própria. Assim, o seu âmbito de aplicação tem necessariamente que se restringir aos delitos dolosos, que o autor apelida de delitos de domínio (*Herrschaftsdelikten*)³².

Aceite esta teoria como critério³³, entendemos como autor imediato, o agente que executa ele próprio, com o seu corpo, o comportamento que preenche o ilícito típico. Porém, esta não é a única forma de dominar o facto e, portanto, a realização típica. É igualmente considerado como autor, mas mediato, o agente que domina a vontade do executante mediante o recurso à coacção, ao erro ou utiliza inimputáveis³⁴.

apresentadas à teoria objectiva causal, que considera como autor aquele que contribui causalmente para o facto, independentemente da importância ou significado da sua conduta.

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral*, Tomo 1: *questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 766.

³² Para um estudo cuidado sobre o princípio do domínio do facto e outros critérios de determinação de autoria vide, a mero título exemplificativo: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral*, Tomo 1: *questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, *ob. cit.*, pp. 757 e ss..

³³ Actualmente, a maioria da doutrina tende a aceitar a teoria do domínio do facto como o critério de determinação da autoria. Porém, continuam a existir divergências, nomeadamente, na própria Escola Coimbrã em que Faria Costa defende a teoria de imputação objectiva, procurando determinar se certo facto, resultado, é *opus* do agente. Vide: COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis): introdução, a doutrina geral da infracção [a ordenação fundamental da conduta (facto) punível; a conduta típica (o tipo); a conduta ilícita (o ilícito)]*, 3ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 227.

³⁴ Caracterizador da figura de autoria mediata é a existência de um “homem-de-trás” e um “homem-da-frente” que executa a acção típica. Este último pode ser jurídico-penalmente irresponsável ou parcialmente responsável. A doutrina do domínio do facto exige que este último seja um mero instrumento nas mãos do “homem-de-trás”, na pessoa do qual concorrem todos os pressupostos da punibilidade, pois o acontecimento resulta de obra deste e da sua vontade. Isto significa que sempre que o “homem-da-frente” actue a título doloso e seja, como tal, plenamente responsável, a autoria mediata é excluída, pois não se pode considerar que o “homem-de-trás” executa o facto por intermédio de outrem, salvo situações de domínio de organização, (artigo 26 do CP).

Dois meios distintos de dominar a vontade, a que Claus Roxin, em 1963³⁵, acrescenta um outro: o do domínio do facto através de um aparelho organizado de poder³⁶, no qual autor mediato é a pessoa que, estando inserida em determinado comando de uma organização, aparelho de poder, pode, através de comandos, provocar a execução de delitos independentemente do agente que executa essas ordens, que não passa de uma “rodinha substituível no mecanismo do aparelho de poder”^{37 38}.

Assim, no domínio de organização³⁹, o homem-de-trás é considerado autor mediato apesar de o homem-da-frente actuar de forma responsável. Nestas situações, estamos perante centros de poder fortemente hierarquizados, caracterizados por uma inegável disciplina interna que resulta em automaticidade na execução de tarefas e comandos dos superiores hierárquicos, sendo que o agente executor da infracção criminosa é considerado substituível, não sendo capaz de impedir que o homem-de-trás alcance o resultado. Para existir domínio de vontade, nestes casos, três elementos fundamentais têm que ser observados: a hierarquização da estrutura da organização, a fungibilidade do agente e a actuação do aparelho organizado de poder fora dos quadros proporcionados por um Estado de Direito (a prática é exterior aos limites decorrentes da própria ordem jurídica)⁴⁰.

No âmbito desta tese doutrinária se o subordinado se recusa a executar o acto, a concretização do crime não será frustrada. Outro agente irá ocupar o seu lugar e realizará o facto, sem que o homem-de-trás chegue sequer a ter conhecimento de tal substituição, visto

³⁵ ROXIN, Claus, *Autoria mediata através de domínio da organização*, *ob. cit.*, p. 41.

³⁶ O domínio do facto pode, igualmente, ser exercido através da divisão de tarefas entre vários agentes, desde que as suas condutas desempenhem um papel determinante para a realização típica. Nestes casos estaremos perante a co-autoria por domínio funcional do facto.

³⁷ ROXIN, Claus, *Autoria mediata através de domínio da organização*, *ob. cit.*, p. 42.

³⁸ Várias críticas têm sido suscitadas relativamente a esta forma de autoria mediata. Para um estudo destas e o afastamento das mesmas pelo próprio defensor, vide: ROXIN, Claus, *Autoria mediata através de domínio da organização*, *ob. cit.*, pp. 45-47.

³⁹ Conceição Valdágua entende que nestas situações não existe verdadeiramente um domínio de aparelho de poder, mas uma subordinação voluntária do executor às ordens proferidas pelo agente mediato. Vide: VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?*, in: *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 651-672.

⁴⁰ Claus Roxin aceita duas formas típicas de manifestação deste domínio: a de uma organização política, militar ou policial que se apodera da organização estadual e a das organizações secretas, movimentos clandestinos e associações criminosas do mesmo género da máfia, cujos objectivos contrariam as disposições e princípios próprios da ordem jurídica vigente, que opõe a sua lei à lei estadual. Vide: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral*, *ob. cit.*, p. 789; SERRA, Teresa, *A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 5, fascículo 3-4, Julho-Dezembro, 1995, pp. 316-317.

que o resultado típico é controlado mediante o aparelho de poder sem consideração, e sem necessidade de conhecimento, do executor individual, mero instrumento de concretização.

A nós, regressando ao nosso tema central, compete-nos inferir se recorrer a esta figura no contexto de um quadro organizacional empresarial não significa um alargamento indesejado e insuportável do âmbito desta tese doutrinária.

A jurisprudência alemã, concretamente o BGHSt, não restringe a aplicabilidade desta figura jurídica a organizações que actuam na periferia do ordenamento jurídico e, em consequência, facilmente admitem a extensão da autoria mediata por domínio de organização a estruturas organizativas empresariais, estatais ou análogas⁴¹. O BGHSt aceita sem hesitações a aplicabilidade desta solução em contextos empresariais⁴².

Contudo, a doutrina maioritária e o próprio ROXIN criticam esta posição, defendendo a impossibilidade de transposição desta tese para a criminalidade empresarial. Tal transposição contraria de forma fulcral um dos requisitos exigidos pelo próprio criador para a verificação da autoria mediata através do domínio de aparelhos de poder, esquecendo que o princípio base integrado no Direito Penal de diversos países, o princípio da auto-responsabilidade, consagra o não cumprimento de deveres de origem superior hierárquica quando a sua obediência resulte na prática de uma infracção criminosa. Recorrendo às sábias palavras de Claus Roxin, “numa organização que funciona no quadro do Direito só se pode esperar que instruções ilícitas não sejam seguidas”⁴³.

Assim, a extensão da figura à criminalidade de empresa é rejeitada, porque a empresa tem no seu seio funcional a prossecução de uma actividade lícita e, necessariamente e em consequência, actua dentro das fronteiras jurídicas demarcadas pelo ordenamento jurídico, o que como já referimos invalida a característica da fungibilidade, uma vez que espera-se que o trabalhador-subordinado recuse o cumprimento de direcções dos seus superiores que resultem em delito. Se o administrador ordena a falsificação de um documento a um seu subordinado, espera-se, numa organização estruturada em conformidade com o Direito,

⁴¹ *Ibidem*, p. 319.

⁴² Para informações sobre decisões do BGHSt, nomeadamente a situação em que o tribunal pune gestores de uma sociedade por quotas como autores mediatos de uma descarga de resíduos perigosos para o ambiente ou a da punição de gestores de uma sociedade por quotas pelas burlas praticadas pelos empregados, vide: ROXIN, Claus, *Autoria mediata através de domínio da organização*, *ob. cit.*, pp. 51-52.

⁴³ ROXIN, Claus, *Autoria mediata através de domínio da organização*, *ob. cit.*, p. 51. Manifestando compreensão semelhante: SERRA, Teresa, *A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder*, *ob. cit.*, p. 319.

que este último não obedeça, não podendo, como tal, ser considerado um mero instrumento.

Para além disso, as sociedades empresariais actuais são caracterizadas pela forte especialização, o que dificulta a substituição automática e arbitrária de um trabalhador por outro, sendo que para a execução de certos crimes é indispensável o possuímento de conhecimentos especiais, nomeadamente no âmbito dos crimes fiscais. Nestas situações, o elemento de fungibilidade não é igualmente verificável⁴⁴.

Na realidade, todos concordarão, sem necessidade de grandes reflexões, que os próprios administradores ou dirigentes empresariais têm que observar condutas conformes à lei. A este dever, não codificado, mas cuja existência é indiscutível, alguns autores denominam de dever de legalidade. O dever de legalidade, sinteticamente, caracteriza-se pela necessidade de observar as normas impositivas e a sujeição dos administradores às regras proibitivas, exigindo o cumprimento de normas gerais (como será o caso do artigo 64º do CSC, consagrador dos deveres fulcrais do administrador), exigindo a prática de comportamentos específicos ou a abstenção e proibição de prática de tais condutas. Para além da sujeição dos administradores a uma miríade de deveres específicos, de natureza fragmentária resultante do direito regulamentar que, por vezes, fruto de uma técnica legislativa deficiente traduz-se em claros excessos⁴⁵, os administradores são, igualmente, sujeitos de regras gerais de direito comum⁴⁶.

Um outro fundamento de recusa da aplicabilidade daquela figura, defendido por SUSANA AIRES DE SOUSA, é a discutível rigidez da estrutura hierárquica de uma organização empresarial comparativamente à dos aparelhos organizados de poder. As grandes empresas multinacionais, assim como outras de menor dimensão, organizam-se por sectores, áreas e departamentos, existindo uma certa descentralização das decisões. Na maioria das situações de criminalidade empresarial, a responsabilização jurídico-penal do “homem-de-trás” pode decorrer do recurso a outras figuras jurídicas, nomeadamente,

⁴⁴ SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e da participação no contexto empresarial*, *ob. cit.*, p. 1018.

⁴⁵ De notar que este dever de legalidade é fulcral para uma boa governação, podendo desdobrar-se no dever de organização e supervisão do empreendedorismo empresarial do administrador. Todavia, uma boa governação só é possível se a lei for ponderada, sensata, nos deveres e proibições impostos, o que nem sempre sucede.

⁴⁶ Para um estudo sobre o dever de legalidade, com as necessárias referências bibliográficas, vide: FRADA, Manuel Carneiro da, *O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?*, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, volume 8, Outubro 2012, pp. 65-74.

quando o instrumento actua em erro ou sem culpa ou no caso de um instrumento doloso não tipificado, em situação de delitos especiais ou específicos⁴⁷.

1.2. A co-autoria

Com base no juízo simplista de que a actividade empresarial é concretizada e organizada pela administração, composta de administradores que possuem o domínio de tudo o que ocorre naquela, sendo os restantes trabalhadores e colaboradores meros instrumentos de prossecução das linhas orientadoras emitidos por aquele órgão, existem autores que defendem que os administradores são co-autores dos crimes praticados pelos seus subordinados.

Bernd Shünemann, designadamente, defende o recurso às regras da co-autoria, considerando que esta é a figura que melhor se adequa ao contexto empresarial, com fundamento na posição de garante do dirigente, bastando que o corpo dirigente empresarial tenha conhecimento da prática de um ilícito e não o impeça, valendo o silêncio como ordem permissiva da prática daquele, e no facto de os administradores possuírem um controlo tão intenso sobre o ilícito-típico com a sua contribuição, que esta só pode ser adequadamente cingida com a pena correspondente à co-autoria⁴⁸.

Defendendo, igualmente, a resolução do problema da responsabilidade pluri-individual mediante a solução da co-autoria, Tiedmann⁴⁹ recorre ao domínio de organização para fundamentar a aplicabilidade daquela. Este autor propõe um alargamento da concepção da co-autoria a situações em que a decisão comum para a prática de um facto é omissa mas os agentes envolvidos pertencem à mesma empresa, visto que a lei penal, na sua compreensão, não exige expressamente uma decisão comum e que esta pode ser compensada com a integração de todos os intervenientes na mesma empresa.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 1018.

⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, *Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación*, *ob. cit.*, p. 19.

⁴⁹ DIAS, Augusto Silva, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, *ob. cit.*, pp. 216 e ss..

Tendo em consideração o contexto em que esta tese se desenvolve, a da participação na estrutura empresarial, várias são as críticas invocadas contra a tese da co-autoria, das quais apenas destacaremos as mais relevantes.

Esta figura é considerada inviável, pois entre administrador e trabalhador subordinado nunca chegaria a existir um acordo mútuo, elemento caracterizante da figura da co-autoria. O funcionamento de uma organização empresarial com as suas características inerentes como a diferenciação interna, com os usuais confrontos e tensões e com a especialização de funções, coloca em dúvida a possibilidade de existência de uma verdadeira concertação criminosa entre os dirigentes e os trabalhadores subordinados. Bernd Shünemann, consciente desta crítica, manifesta esforços no sentido de afastá-la, acreditando e defendendo que o conceito de acordo mútuo possui uma dimensão flexível e de intensidade débil, o que, no contexto empresarial, poderia ser compensado com a vinculação estreita existente entre o principal e o próprio órgão de execução⁵⁰. Tiedmann, como pudemos observar, afasta semelhantemente esta objecção.

Ademais, a doutrina entende que nestas situações não se verifica um dos requisitos exigidos para a verificação de uma actuação comum própria à co-autoria: defender e afirmar a existência de uma decisão e, conseqüente, execução conjunta é impossível ou, pelo menos, de difícil sustentação. A estrutura hierárquica da organização faz com que as pessoas intervenientes, na maioria das vezes, não se conheçam e comuniquem exclusivamente através de ordens e instruções, o que limita a possibilidade de defender uma decisão conjunta. Na verdade, na maioria das vezes, o dirigente apenas contribui para a execução do delito com o planeamento e as directivas proferidas⁵¹.

Augusto Silva Dias, que apresenta as críticas supra mencionadas, procura desenvolver a tese da co-autoria de modo a resistir àquelas, sendo que na raiz do seu ensaio encontra-se a

⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, *Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación*, ob. cit., p. 18.

⁵¹ Augusto Silva Dias agrupa com estas duas críticas, outras duas, designadamente o facto de a tese da co-autoria encontrar uma objecção na sua própria estrutura manifestamente horizontal, contrariamente à estrutura da autoria mediata caracterizada pela sua horizontalidade e o facto de as concepções que prescindem na co-autoria da decisão conjunta e satisfazem-se com o aumento do risco criminoso, tendem a confundir autoria e participação, aproximando aquela desta, o que resulta numa espécie de co-autoria negligente. Para um maior desenvolvimento destas críticas vide: DIAS, Augusto Silva, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, ob. cit., pp. 218 e ss. e, no mesmo sentido: SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e da participação no contexto empresarial*, ob. cit., p. 1018.

proposta metodológica de Bernd Shünemann. Na sua concepção, co-autor seria o dirigente que “opera no mesmo segmento da organização em que a conduta é realizada e que, portanto, pode influenciar a execução e actualizar nela o seu contributo. Obtém-se desta forma uma espécie de “domínio-da-organização-para-a-execução-do-facto”⁵², limitando o papel de co-autor ao *midle management*. Contudo, o próprio autor reconhece os limites da sua criação: não se adequa à estrutura de pequenas empresas, cujo órgão de administração toma decisões de forma concreta e pormenorizada, transmitindo estas directamente aos órgãos de execução e, igualmente, não é ajustável a casos em que o dirigente induz em erro, ameaça ou coage o trabalhador-subordinado a praticar determinado facto ilícito-típico.

Devido às objecções indicadas consideramos que a solução da co-autoria não é a mais adequada. Todavia, saliente-se que existem casos em que os administradores efectivamente responderão como co-autores, do mesmo modo que podem responder como instigadores, como autores mediatos, ou como pode nem lhes ser imputável a conduta ilícita típica praticada, especialmente porque não se pode defender uma imputação resultante automaticamente da sua qualidade funcional e porque no sistema jurídico penalista a responsabilidade puramente objectiva não é, de todo, aceitável⁵³.

1.3. A instigação-autoria

A maioria dos autores compreende que não punir o agente como autor, tendo em consideração a relevância significativa e predominante deste para a execução do facto criminoso, representaria um *deficit* de punição. No entanto, a figura jurídica, que segundo a nossa compreensão e no seguimento de alguma doutrina significante⁵⁴, possui uma função

⁵² DIAS, Augusto Silva, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, *ob. cit.*, pp. 218 e ss..

⁵³ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, *ob. cit.*, p. 341.

⁵⁴ SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e da participação no contexto empresarial*, *ob. cit.*, p. 1020.

fulcral no âmbito da comparticipação no quadro das organizações empresariais é a figura da instigação-autoria⁵⁵.

Às modalidades de autoria que Claus Roxin consagrou com base na teoria do domínio de facto, alguma doutrina, com particular relevância Figueiredo Dias, acrescenta uma quarta: a da instigação-autoria⁵⁶.

O artigo 26º do CP considera punível como autor “quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”. Este modo de comparticipação é denominado de instigação⁵⁷. A doutrina alemã entende que os instigadores são subsumidos aos conceitos de participação e participantes, mas nunca de autoria. Contudo, o legislador português recorreu à expressão “punível como autor”, semelhantemente ao que indica para a autoria imediata, mediata e co-autoria, colocando deliberadamente a instigação ao lado destas figuras jurídicas, afastando qualquer menção à participação.

Assim, num esforço doutrinário, distingue-se entre instigação, a que corresponde uma imputabilidade a título de autor, da indução, que responsabiliza jurídico-penalmente a título de participante sob uma forma alargada de cumplicidade. Neste último caso, integra-se todo o agente que influencia o escopo do executor para a realização de um facto criminoso. Distintamente, concebe-se como instigador “quem **produz** ou **cria** de forma cabal (...) no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito-típico; se necessário inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse, ou aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva”. O instigador descrito possui o domínio do facto no sentido de dominar a decisão de o

⁵⁵ O CP Português inclui no conceito de autoria (artigo 26º CP) “quem executa o facto, por si mesmo” (autoria imediata), “quem executa o facto (...) por intermédio de outrem” (autoria mediata), “quem tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros” (co-autoria) e, por fim, a figura da instigação autoria. O legislador distinguiu a autoria da cumplicidade, prevendo o artigo 27º do CP a punição de “quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de facto doloso”.

⁵⁶ Esta compreensão da instigação como uma forma de autoria não é unanimemente aceite pela doutrina nacional. Fernando Torrão, a mero título exemplificativo, concebe a quarta parte do artigo 26º do CP como uma forma de participação e não de autoria, baseando-se na inexistência de domínio de facto por parte do homem-de-trás (vide: TORRÃO, Fernando, *Societas delinquere potest? Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*, ob. cit., p. 223).

⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral*, ob. cit., p. 797.

instigado em cometer o facto ilícito-típico, é, portanto, o “verdadeiro “senhor” do facto”⁵⁸. Na figura da instigação-autoria, o “homem-de-trás” tem que verdadeiramente determinar a decisão do “homem-da-frente”, excluindo-se os actos denominados de indução em que aquele influencia este prestando auxílio (moral) ao autor que comete o facto ilícito-típico⁵⁹, devendo, neste caso, ser punido a título de cumplicidade (artigo 27º do CP)⁶⁰.

No contexto empresarial podemos deparar-nos com casos propensos à aplicação desta figura e, designadamente, considerando a estrutura hierárquica empresarial, podemos encarar situações de instigação em cadeia⁶¹. Nestas situações, responsabiliza-se jurídico-penalmente os agentes que não possuem contacto directo com o executor do facto, mas constituem ligações de uma cadeia tendente à deliberação da prática do crime.

A figura jurídica em causa pode ser a solução para o problema da responsabilidade jurídico-penal do dirigente no contexto empresarial, adequando-se aos casos em que o dirigente empresarial é um indutor, isto é, ordena e determina o trabalhador subordinado à prática de um facto ilícito-típico, mesmo actuando este último de forma dolosa.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 799.

⁵⁹ SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e da comparticipação no contexto empresarial*, *ob. cit.*, p. 1014.

⁶⁰ O princípio da auto-responsabilidade, delimitador das fronteiras da autoria mediata, permite realizar uma clara diferenciação entre esta figura jurídica e a instigação-autoria, na qual este princípio não encontra aplicabilidade. Segundo este, são incluídos no campo da autoria mediata todas as situações em que o homem-da-frente executa o facto de modo não totalmente responsável, não lhe podendo ser imputado a título de dolo, age como instrumento ou homem de palha (expressão de CONDE, Francisco Muñoz, *La superacion del concepto objetivo-formal de autoria y la estructura de las organizaciones empresariales*, in: Lusíada, Direito, nº 3, 2005, p. 61) e, conseqüentemente, pode afirmar-se o domínio da vontade característico da autoria mediata. Distintamente, na figura da instigação-autoria, o homem-da-frente actua de forma plenamente responsável, pois nestes casos o que ocorre é uma “repartição (*rectior, duplicação*) do domínio do facto relativamente ao mesmo ilícito-típico, fora dos casos da co-autoria” (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral*, *ob. cit.*, p. 804).

⁶¹ A admissibilidade desta figura jurídica é uma questão controvertida. Sumariamente, os fundamentos invocados para a não punibilidade de uma instigação em cadeia “centram-se no plano da (des)necessidade e (des)merecimento de pena em relação aos instigadores situados nos elos mais recuados dessa cadeia” (TORRÃO, Fernando, *Societas delinquere potest? Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*, *ob. cit.*, p. 214), sendo que o perigo que a conduta do elo mais recuado da cadeia representa para o bem jurídico tutelado pelo facto típico é reduzido, uma vez que entre esta instigação e a execução do crime interpõe-se a vontade de uma ou mais pessoas; parte da doutrina entende igualmente que a equiparação da instigação à autoria foi uma má solução legislativa e, como tal, dever-se-á realizar uma interpretação restritiva da noção de instigação; em último lugar, é igualmente invocado a possibilidade da cadeia não possuir um fim delimitado, estendendo-se indefinidamente. Para um estudo mais aprofundado das críticas e o seu confronto, de uma perspectiva da instigação como participação, vide: TORRÃO, Fernando, *Societas delinquere potest? Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*, *ob. cit.*, pp. 214 e ss..

Todavia, regressando ao nosso ponto de partida, a existência ou não do domínio de facto por parte do homem-de-trás só pode ser analisada e afirmada perante as circunstâncias do caso concreto *sub judice*. Só a partir deste entendimento podemos afirmar e determinar a autoria mediante o recurso ao critério mais adequado, evitando a inadequação da imposição da aplicação de determinados quadros dogmáticos à realidade fáctica. Assim, as soluções encontradas podem ser distintas, podendo surgir diferentes formas de domínio do facto típico por parte do superior hierárquico, nomeadamente, podemos estar perante um caso de autoria mediata se o agente que recebe a ordem, executa-a em erro; recorrer-se-á à co-autoria no caso de a decisão e a prática criminosa serem conjuntas; à instigação-autoria se a actuação se deve a ordem de um superior hierárquico, mas actua responsabilmente; ou às actuações criminosas autónomas, em situações de autoria paralela⁶².

2. Da autoria e participação no contexto empresarial: dos crimes específicos

A autoria e a participação no âmbito empresarial suscitam múltiplas problemáticas, algumas das quais ainda não foram mencionadas. Uma delas, cuja referência nos assume como indispensável e premente, é a questão da autoria e participação no quadro dos crimes específicos.

Contrariamente à regra geral em que o autor de um crime é uma pessoa qualquer, a lei, em determinadas ocasiões, consagra uma especialização no sentido de só certas pessoas poderem cometer um crime, uma vez que apenas elas possuem uma determinada característica ou apenas sobre elas incide um específico dever. Nas situações descritas estaremos perante crimes específicos^{63 64}.

⁶² No mesmo sentido vide: SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e da participação no contexto empresarial*, *ob. cit.*, p. 1021.

⁶³ No âmbito dos crimes específicos podemos distinguir entre os crimes específicos próprios, nos quais as qualidades especiais do autor ou o dever que sobre ele recai justificam a sua responsabilização (por exemplo o artigo 370º do CP), e os crimes impróprios, em que a verificação de uma qualidade especial ou um dever específico surgem como motivo para agravar essa responsabilidade (artigo 378º CP). Para mais informações sobre os crimes específicos em geral vide: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral*, *ob. cit.*, pp. 303 e ss..

⁶⁴ São estes os crimes típicos do Direito Penal da Empresa, como são exemplo a insolvência dolosa (artigo 227º do CP) em que o sujeito visado é o devedor, e a maioria dos crimes societários previstos no Código das

Efectivamente, quando a pessoa física, o dirigente societário nomeadamente, realiza um facto ilícito-típico no seio de uma sociedade cujos elementos típicos são perfeitamente verificáveis na sua pessoa não existe dificuldade em puni-lo, o juiz limitar-se-á a subsumir directamente a conduta do agente no ilícito-típico. Todavia, o mesmo já não se verifica quando o agente actua no seio da sociedade, realizando determinadas funções cuja competência ou titularidade é exclusivamente da sociedade. Nestas circunstâncias, a conduta do agente não seria passível de punição, visto que o facto carece da qualificação típica, de determinadas qualidades pessoais ou da prossecução de determinados interesses que se verificam na pessoa jurídica da sociedade, mas não do próprio agente.

A verdadeira diferenciação entre as duas situações referidas reside apenas no facto de, na primeira situação, todos os elementos típicos exigidos verificarem-se na pessoa do agente, enquanto, na segunda, existir uma dissociação dos elementos. Assim, no último caso, o agente será na mesma punido, mas devido à extensão do tipo ao agente por força do artigo 12º do CP.

2.1. A actuação em nome de outrem: o artigo 12º do Código Penal

A actuação em nome de outrem emerge como uma problemática relevante em matéria de delitos especiais no contexto empresarial. As actuações em nome de outrem consistem na realização de uma acção ou omissão típicas por um sujeito num determinado contexto funcional típico quando esse sujeito é externo e estranho a esse domínio, mas, não obstante, assumiu o exercício de funções que o conectam com os bens jurídicos inscritos nesse âmbito.

No PjCP de Eduardo Correia (artigo 9º) previu-se a norma que seria consagrada no actual artigo 12º do CP, com o seguinte teor:

“1 – É punível quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respectivo tipo de crime exigir:

a) determinados elementos pessoais e estes só se verificarem na pessoa do representado;

Sociedades Comerciais que recaem sobre o administrador ou gerente das sociedades comerciais (artigo 509-529º).

b) que o agente pratique o facto no seu próprio interesse e o representante actue no interesse do representado.

2 – A ineficácia do acto que serve de fundamento à representação não impede a aplicação do disposto no número anterior.”

O fundamento deste artigo, no âmbito dos crimes específicos, é acautelar a possibilidade de os elementos pessoais exigidos no tipo não se verificarem no agente do crime (o representante) mas na do representado; nomeadamente, o elemento do tipo pode verificar-se relativamente à pessoa colectiva e não na pessoa física que executa o facto, actuando em seu nome. O artigo 12º surge, portanto, para colmatar uma lacuna de punibilidade: os inúmeros crimes praticados mediante o recurso a pessoas colectivas ou, mais concretamente, sociedades comerciais⁶⁵. Esta norma permite, como tal, a punição de pessoas⁶⁶ que, à partida, seriam excluídas pelo literalmente consagrado no ilícito-típico.

O regime jurídico consagrado no artigo 12º do CP surge, assim, de forma paralela e em confronto à da responsabilidade penal das pessoas colectivas. Indica-nos Figueiredo Dias que o artigo 12º “pretende unicamente estender a punibilidade dos tipos legais da parte especial, que supõem determinados elementos pessoais ou uma actuação no interesse próprio, também àquelas pessoas em que tais elementos típicos se não verificam (...), mas que todavia actuaram como órgãos ou representantes de uma pessoa relativamente à qual se verificavam aqueles elementos”⁶⁷.

Múltiplas teses, a que não dedicaremos uma exaustiva atenção, têm sido avançadas pela doutrina na procura do critério de imputação de responsabilidade ao representante. A maioritária doutrina, especialmente alemã e espanhola, defendem a teoria da transmissão, segundo a qual a inclusão no círculo de autores do representado deve-se à imputação do elemento tipo de autoria a este mediante a sua transmissão. Contudo, criticamente podemos

⁶⁵ Segundo o Ponto 15 do Preâmbulo do CP, em termos político-criminais, a consagração deste artigo consegue “uma infiltração consequente do direito penal em áreas extremamente sensíveis e cuja criminalidade cai normalmente na zona das “cifras negras””.

⁶⁶ A norma jurídica em questão abrange os titulares dos órgãos de sociedades e meras associações de facto, os representantes voluntários de outrem e os representantes que actuam no interesse do representado em condutas previstas em tipos de crimes delimitados por elementos subjectivos específicos. Vide: SERRA, Teresa, *Actuação em nome de outrem no âmbito empresarial, em especial no exercício de funções parciais – observações breves*, in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 605-606.

⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa*, in: O novo Código Penal português e legislação complementar, fase 1, Jornadas de Direito Criminal, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 51.

sustentar que é contrário ao princípio da culpa a transmissão do juízo de censurabilidade, o que resultaria da aplicação, no caso concreto, desta concepção doutrinária. Esta doutrina é, concludentemente, inviabilizada por limitações face ao princípio da culpa e, particularmente, ao princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal.

Outros autores defendem a teoria da representação, nos termos da qual os elementos especiais se transmitiriam ao representante por força da representação, que converte este no destinatário das normas. A aceitação desta tese encontra sérias dificuldades no nosso ordenamento jurídico, visto que o sistema previsto no artigo 12.º funciona de modo inverso. O instituto da representação não integra as estruturas típicas do direito penal, sendo que a representação jurídico-civil possibilita a imputação directa dos efeitos da acção na esfera do representando.

Gracia Martín⁶⁸ legitima a extensão da punibilidade com fundamento no princípio da equivalência, defendendo que apesar de não reunir na sua pessoa as condições requeridas, a sua conduta, quando actua em nome de outrem, é equivalente à exigida ao autor conforme ao previsto no ilícito-típico⁶⁹. Esta tese doutrinária é, no seguimento do defendido por Inês Fernandes Godinho⁷⁰, a que melhor se adapta ao fundamento de punição do agente que actua em nome de outrem face às críticas já mencionadas.

O nº 1 do artigo 12º do CP prevê duas situações: as actuações em nome de outrem em relação aos titulares de um órgão de uma pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto e actuações em nome de outrem dos representantes legais ou voluntários de qualquer outra entidade, sendo que esta última situação extravasa o tema que ora nos ocupa⁷¹. Os administradores, enquanto titulares dos órgãos da administração, são as

⁶⁸ MARTÍN, Luis Gracia, *La responsabilidad penal del directivo. Organó y representante de la empresa en el derecho penal español. Estudio específico de los problemas dogmáticos que plantea el delito cometido a partir de una "actuación en lugar de otro"*, in *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo: Jornadas en Honor del Professor Klaus Tiedmann*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 97, *apud* GODINHO, Inês Fernandes, *A actuação em nome de outrem em Direito Penal Económico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho*, in: *Temas de Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 226.

⁶⁹ Para um estudo destas teorias com as correspondentes referências bibliográficas, vide: GODINHO, Inês Fernandes, *A actuação em nome de outrem em Direito Penal Económico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho*, *ob. cit.*, pp. 226 e ss..

⁷⁰ *Ibidem*, p. 227.

⁷¹ A inclusão das actuações em nome de outrem quando este é uma pessoa singular no preceito normativo em causa só pode ser considerada como uma decisão extremamente acertada pelo legislador, que não se restringiu à concepção de que esta figura se destinava exclusivamente a evitar lacunas de punibilidade emergentes da irresponsabilidade penal das pessoas colectivas. No quadro das pessoas singulares é,

peças habilitadas por lei e pelos estatutos a agir em nome e no interesse da sociedade, sendo, como tal, abrangidos no âmbito de aplicação do artigo 12.º, n.º 1. Todavia, saliente-se que este mesmo artigo abrange as acções levadas a cabo pelos titulares dos órgãos e também a representação voluntária, indiferentemente de quem representa a sociedade⁷².

A verificação de uma verdadeira actuação em lugar de outrem só é possível, porque é exigido pela norma legal quando existe uma actuação voluntária por parte do agente. Com este requisito, evita-se qualquer tentativa de se ver no artigo 12.º uma responsabilização funcional-objectiva decorrente da simples titularidade do cargo de representante; não é o simples facto de ser representante que originará a responsabilidade penal. Deste modo, o âmbito aplicativo desta norma abrange comportamentos activos e passivos, desde que voluntários, do agente que intervenha na esfera jurídico-funcional alheia.

A alínea a) do artigo 12.º menciona a exigência pelo tipo de crime de “*determinados elementos pessoais*” e estes mesmos elementos “*só se verificarem na pessoa do representado*”. O entendimento e determinação da noção de elementos pessoais é alvo de discussão doutrinal.

Na construção do tipo legal de crime, de modo a encerrar em si o conteúdo da ilicitude, recorre-se a diversos elementos ou estruturas normativas. Em determinados casos, na construção do tipo, o legislador decide que a ilicitude penal de uma conduta só se verifica quando concretamente praticada por determinados indivíduos, nomeadamente recorrendo a elementos pessoais. Mas afinal, em que consiste estes elementos pessoais? Esta expressão refere-se aos elementos do tipo legal que definem os sujeitos activos do crime, circunscrevendo e, mais correctamente, restringindo os destinatários da norma incriminadora. Portanto, são os elementos relativos ao autor e ao tipo de ilícito que não se verificam na pessoa que actua em lugar de outrem, existindo unicamente na pessoa do representado, sendo relevantes para a punição do primeiro.

Dentro deste âmbito, a doutrina baseada na teoria da representação entende por elementos pessoais “aqueles elementos que, na medida em que não consubstanciam características eminentemente pessoais do autor, podem ser transferidos para o

igualmente, verificável a necessidade de equivaler a conduta do titular originário daquele que intervém por ele.

⁷² MATTA, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 104.

representante”⁷³. Contudo, como já anteriormente aludido, esta teoria é alvo de várias críticas.

Na procura de uma concepção, o mais correcta possível, de elementos pessoais é necessário efectuar uma referência ao artigo 28º do CP relativo à ilicitude na comparticipação, uma vez que este recorre à expressão “qualidades ou relações especiais do agente”⁷⁴. Ambos os artigos versam sobre a responsabilização do agente não possuidor dos “elementos pessoais” ou das “qualidades ou relações especiais”, todavia a sua aplicação tem âmbitos distintos. As normas jurídicas em causa não se confundem, existindo plena autonomia do artigo 12º face ao artigo 28º⁷⁵.

A nota distintiva das actuações em nome de outrem concentra-se no desvalor da acção desenvolvida prevalecente sobre o desvalor de resultado da conduta do titular dos elementos pessoais e daquele que age em seu nome. É a partir da consciência desta concepção que podemos e devemos decifrar o sentido da norma jurídica. Efectivamente, a referência a elementos pessoais remete-nos para o domínio social em que o titular de tais elementos actua, isto é, identifica o âmbito social que aqueles sujeitos dominam.

Seguindo os ensinamentos de Teresa Serra, os elementos pessoais consistem nas “características que permitem ao representante – um *extraneus* – aceder ao exercício de uma função social ou institucional, aceder ao domínio social típico do autor – o *intraneus* -, colocando-se o representante em idêntica relação material com o bem jurídico, fundamento último para a extensão da punibilidade”⁷⁶. Assim, esta autora fundamenta o aumento de punibilidade efectuado pela cláusula de actuação em nome de outrem nos princípios e estruturas específicas do Direito Penal, enfatizando a relevância do bem jurídico-penal e a relação que o representante mantém com aquele⁷⁷.

⁷³ SERRA, Teresa, *Actuação em nome de outrem no âmbito empresarial, em especial no exercício de funções parciais – observações breves*, ob. cit., p. 606.

⁷⁴ Norma jurídica à qual cederemos um olhar mais atento no ponto seguinte.

⁷⁵ “O art.º 12.º não regula nem quer regular qualquer problema de comparticipação; bem pelo contrário ele quer deixar intocadas as normas dos artigos 25.º e 29.º, que à comparticipação se referem (...) regula pois, e só, a questão de saber sob que pressupostos deve um agente ser tratado como se efectivamente se verificassem nele certas características especiais exigidas ou pressupostas no tipo e que, na realidade, nele se não dão” (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa*, ob. cit., p. 52).

⁷⁶ SERRA, Teresa, *Actuação em nome de outrem no âmbito empresarial, em especial no exercício de funções parciais – observações breves*, ob. cit., p. 608.

⁷⁷ Esta compreensão é adequada ao artigo 12º do CP, tendo em consideração não só a amplitude consagrada na norma jurídica, bem como pelo instituído no nº 2 deste artigo que indica que “a ineficácia do acto que

A menção aos elementos pessoais efectuada pelo legislador implica directamente os sujeitos, todavia, indirecta e implicitamente indica os domínios funcionais em que tais sujeitos, em regra, operam e em que excepcionalmente terceiros intervêm. Assim, para Paulo Saragoça da Matta, “*elementos pessoais* serão pois, neste sentido, os qualificativos utilizados pelos tipos para circunscrever a *esfera (social, económica ou jurídica)*, em que cada indivíduo tem o *domínio* ou o *controle* sobre os bens jurídicos que na área típica se encontram. É, outrossim, a área na qual existem os deveres que se impõem ao titular da esfera, enquanto *garante*, deveres esses que por força da norma do art. 12.º vincularão, directamente também, o terceiro que acede à esfera e que com ela mantém a identificada *relação de domínio*”⁷⁸.

Questão distinta é a de saber se o artigo 12º engloba todos os crimes específicos ou somente os crimes específicos próprios. Ora, segundo o entendimento doutrinário dominante, à expressão elementos pessoais atribui-se um conceito mais restrito, visando exclusivamente os crimes específicos próprios, ou seja, os crimes em que a responsabilização está dependente das qualidades especiais do autor ou o dever que sobre ele recai. Efectivamente, para a doutrina que assim entende, somente nestes crimes, os agentes do facto não têm as qualidades necessárias para se considerar agente do crime. Nos crimes específicos impróprios, o agente sempre será punido, mas pelo crime comum, sem se verificar os elementos qualificadores do tipo, tutelando deste modo o bem jurídico. Contudo, esta é uma posição longe de se poder considerar unânime, quer nacional, quer internacionalmente⁷⁹.

Assim, no nosso espírito é suscitada a questão de saber quais os comportamentos admitidos pela norma.

Em um primeiro olhar, concluímos pela necessária exclusão dos crimes comuns e crimes em que o autor possui os elementos descritos no ilícito-típico. Para além destes, facilmente se compreende que nem todos os elementos normativos que compõem o tipo originam dúvidas no campo da actuação em nome de outrem, nomeadamente, a

serve de fundamento à representação não impede” a punição do representante, desde que ele mantenha uma relação com o bem jurídico tutelado semelhante à do autor do tipo.

⁷⁸ MATTA, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, *ob. cit.*, p. 121.

⁷⁹ Para uma breve referência às divergências doutrinárias no ordenamento jurídico alemão e espanhol, ver MATTA, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, *ob. cit.*, pp. 122-123.

“inobservância do cuidado objectivamente devido nos tipos negligentes”, este elemento nunca faltará à pessoa que pratica o facto criminoso, pois quem deverá ter o “cuidado objectivo devido não é o “outrem” em nome de quem aquele actuava, mas o próprio enquanto agente”⁸⁰.

Em relação à abrangência dos crimes específicos impróprios, compete-nos, igualmente, tomar posição. Para tal, relevante é conhecer a posição doutrinal de Paulo Saragoça da Matta, defensor da sua abrangência; para este autor, os tipos de crime que tutelam especiais esferas de protecção jurídica, determinados âmbitos sociais em que uma relação de domínio é exercida, exigem elementos especiais, sendo que é irrelevante se ao lado deste tipo, existe um outro em que tal exigência não se manifesta⁸¹.

Ora, considerando que o fim último da consagração do artigo 12º se deve à extensão da punibilidade do representante, evitando lacunas de punibilidade, parece-nos facilmente concebível o porquê de restringir a amplitude applicativa do dispositivo normativo apenas aos crimes específicos próprios (só nestes não seria possível punir o agente que actuasse em nome de outrem), o mesmo já não se verifica nos crimes específicos impróprios, em que o agente sempre será punido, mas sem se verificar a qualificação do tipo e o conseqüente agravamento. Contudo, se o legislador, conscientemente, entende que o desenvolvimento de determinado ilícito-típico num determinado âmbito social é merecedor de um grau de tutela penalista mais elevado, não podemos defender que o representante, que actuará no mesmo âmbito, seja punido de modo menos gravoso, seguimos, portanto, de perto a posição de Paulo Saragoça da Matta, optando pela abrangência do artigo 12º aos crimes específicos impróprios.

Por último, relativamente aos crimes de mão própria, estes podem ser compostos por elementos descritivos do tipo (e neste caso teria sentido a sua exclusão do âmbito de aplicação) ou outros elementos que poderão levantar alguma problemática, mas a sua exclusão, *a priori*, seria insensata⁸².

⁸⁰ MATTA, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, *ob. cit.*, p. 68.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 123-124.

⁸² Para um estudo mais completo vide: GODINHO, Inês Fernandes, *A actuação em nome de outrem em Direito Penal Económico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho*, *ob. cit.*, pp. 228-229; MATTA, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, *ob. cit.*, pp. 65-79.

A alínea b) do artigo 12º não gera grandes problemas teóricos⁸³, contudo são passíveis de surgir dificuldades práticas, designadamente processuais ou probatórias. Concretizando a problemática nas sociedades, se não tiver existido uma explícita e concreta tomada de posição dos respectivos órgãos deliberativos no sentido da prática de um acto, mas o administrador age em nome e no interesse da sociedade, como se conseguirá imputar esse interesse à sociedade? Realmente várias são as dificuldades que se originam. A solução, apresentada por Fernanda Palma, é que se tenha em consideração se tais comportamentos são praticados no exercício normal das funções do administrador ou no seu âmbito de poderes de representação. Assim, se o administrador não tiver agido no estrito interesse pessoal, dever-se-á considerar que o interesse é societário⁸⁴.

Uma análise cristalizada do artigo 12º não é, nem de perto, o objecto de estudo deste trabalho. Todavia, a menção sintética da interpretação do nº 2 dessa norma jurídica impõe-se. O sentido deste preceito levantou dúvidas desde a sua consagração, inclusive na Comissão Revisora. No presente, contudo, e face à letra da lei, as incertezas suscitadas encontram-se resolvidas ao se exigir um título de representação, independentemente de este ser ineficaz ou válido. Assim, a extensão da punibilidade que resulta do artigo 12º basta-se com a existência de um título de representação, seja este ineficaz ou não.

Interpretação passível de levantar dificuldades, designadamente quando é exigido um acto formal de representação. Deste modo, impõe-se questionar se o âmbito aplicativo do artigo 12º abrange somente os casos em que existe um título, fonte dos poderes de representação, mesmo sendo este ineficaz, ou se se deve incluir, igualmente, as representações de facto, em que não existe qualquer título?

Ora, ao exigir a formalização do acto de representação exclui-se o núcleo mais perigoso da criminalidade surgida no âmbito das Instituições. No quadro das sociedades comerciais é comum um administrador ou dirigente assumir determinadas funções sem que esteja, formalmente, reconhecido nos órgãos competentes da sociedade. Nestes termos, é

⁸³ Nesta alínea prevêm-se as actuações em nome de outrem nos crimes movidos por interesse próprio, motivados egoisticamente, isto é, o agente dirige uma determinada actividade visando somente a concretização de um seu interesse, sendo que a conduta do representante não preenche o tipo legal pois não é movido pela efectivação de um interesse próprio, mas do interesse do representado. Apesar de aparentemente, o representante agir altruisticamente, na verdade a sua conduta é igualmente passível de censura, visto, voluntariamente, agir em benefício alheio, sendo-lhe implícito um certo egoísmo.

⁸⁴ PALMA, Maria Fernanda, *Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal*, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume XXXVI, 1995, pp. 411 ss.

necessário indagar se basta o exercício em concreto dos poderes e das faculdades típicas do cargo, com aceitação, pelo menos, tácita da sociedade, ou se é necessário existir alguma formalidade da nomeação mesmo que o sujeito não assuma a qualificação de administrador de direito.

Do ponto de vista do conteúdo do ilícito-típico, o agente que não possui formalmente a qualificação de administrador de direito pode realizar a acção típica e produzir a lesão ou o perigo de lesão do bem jurídico de modo equivalente ao sujeito considerado idóneo. Como defendido por Germano Marques da Silva, dever-se-á optar por um critério material, sendo que o relevante é “a disponibilidade do agente sobre os poderes ou faculdades que permitem a ofensa do bem jurídico protegido (...). O centro de gravidade recai na relação material, efectiva e real com o bem jurídico penalmente protegido pelo tipo, a respeito do qual o sujeito tenha assumido o domínio social e a posição de garante”⁸⁵.

No sentido desta posição pode argumentar-se com a previsão no n.º 1 do artigo 12.º das associações de facto, em que não existe um representante formal da associação, sendo apenas relevante quem exerce os poderes, podendo esse exercício resvalar na violação do bem jurídico tutelado. Assim, como bem conclui Germano Marques da Silva, “o que importa não é o acto de nomeação formal, mas o efectivo exercício de poderes”⁸⁶.

Necessário é concluir, portanto, que nem sempre será exigível a existência de um título de representação, sob pena de correr o risco de excluir da alçada do artigo 12.º muitos crimes cometidos no seio de determinada pessoa colectiva, e que existindo título de representação não é exigível a sua eficácia⁸⁷.

⁸⁵ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, ob. cit., p. 314.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 314.

⁸⁷ No âmbito do direito penal societário, a que nos dedicaremos mais adiante neste estudo, o Projecto do Código das Sociedades, publicado em 1983, consagrava, no seu Título VII, o artigo 514.º que se dedicava à extensão dos preceitos punitivos anteriormente descritos, indicando que os mesmos eram aplicáveis “*independentemente do modo como o gerente, administrador, director, liquidatário ou membro do órgão de fiscalização, tenha sido designado, eleito ou nomeado e bem assim apesar da invalidade do acto pelo qual a pessoa assumiu alguma dessas funções*”. Apesar da relevância de tal disposição poder ser discutida, visto tal extensão resultar já de si dos princípios gerais do direito penal, esta afastaria quaisquer dúvidas que pudessem surgir. Este projecto encontra-se publicado no: Boletim do Ministério da Justiça, n.º 327, 1983, pp. 43-339.

2.2. A ilicitude na comparticipação: o artigo 28º do Código Penal

O artigo 28º do CP consagra, em situação de comparticipação, a comunicabilidade total dos elementos especiais consagrados no ilícito-típico que consistem em qualidades ou relações especiais que caracterizam o agente⁸⁸. Esta norma jurídica estabelece que nas situações em que o ilícito ou o grau deste depende de tais qualidades ou relações especiais, basta que esses elementos se verifiquem relativamente a um dos comparticipantes para que a pena seja aplicável a todos eles⁸⁹. Prevê o artigo 28º do CP, sob a epígrafe “ilicitude na comparticipação”, o seguinte:

“1. Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os comparticipantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações que se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora.

2. Sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum dos comparticipantes a aplicação da pena mais grave, pode esta, considerada as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não interviesse.”

Em matéria de crimes específicos podemos deparar-nos com situações em que as obrigações e deveres especiais exigidos pelo ilícito-típico relativamente ao autor do tipo não se verificam no autor que pratica o delito. Exemplificativamente, quando o trabalhador subordinado pratica um crime cumprindo as ordens e directivas do dirigente, sendo que este último é o possuidor da qualidade especialmente exigida nos crimes societários, àquele faltar-lhe-ia a característica exigida para fundamentar ou agravar a responsabilidade: ser gerente ou administrador. O artigo 28º resolve a questão, permitindo que o subordinado seja considerado autor ao estender a qualidade de administrador.

A coordenação da comunicabilidade com o critério de imputação da autoria revela-se particularmente problemática no âmbito dos crimes específicos, especialmente em situações de autoria mediata, em que o agente imediato, que pratica o facto, não preenche o

⁸⁸ Designação utilizada pela doutrina maioritária.

⁸⁹ As qualidades ou relações pessoais são elementos de “idoneidade típica”, sendo que a não verificação desses determina o comportamento como atípico. Vide: BELEZA, Teresa Pizarro, *Illicitamente comparticipando – o âmbito de aplicação do art.º 28.º do Código Penal*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra, 1988, p. 7.

tipo. Assim, é indispensável retornar a uma questão de fundo: a determinação do critério da autoria criminosa aplicável aos crimes específicos. Somente com um critério definido se poderá distinguir, nos casos de comparticipação, quem é autor de quem é participante.

Apesar de anteriormente termos referenciado a teoria do domínio do facto como critério de autoria criminosa aceite pela maioria doutrinária, este é um princípio concretizável somente quando se aplica às variadíssimas situações concretas da vida, longe, portanto, de se poder considerar um critério universal válido para todos os ilícitos-típicos. Efectivamente, alguns autores afastam este critério no quadro dos crimes específicos.

Claus Roxin, nomeadamente, considera que nos crimes específicos (*Pflichtdelikte*) o critério de determinação da autoria consistiria na titularidade do dever especial consagrado no tipo. Deste modo, autor seria somente aquele que infringe o dever que lhe incumbe; se uma determinada pessoa domina perfeitamente o facto, mas o dever não lhe é a si confiado, então responderá exclusivamente como participante. O critério de determinação da autoria seria, portanto, o da titularidade do dever, isto é, a infracção do dever especial⁹⁰, que não se estende a todos os implicados no delito. A verificação de tal dever no agente seria necessária para o preenchimento do tipo⁹¹.

No quadro desta posição doutrinária, a estrutura da autoria é distinta da consagrada na teoria do domínio do facto, uma vez que uma pessoa pode ser considerada autor de um determinado ilícito-típico independentemente de ter ou não dominado aquele. Mesmo em situações de co-autoria, Roxin descarta a ideia de domínio de facto, restringindo a co-autoria às situações em que várias pessoas se encontram sujeitas a um mesmo e único dever, isto é, vários obrigados que cooperam para alcançar determinado resultado⁹². No tocante à autoria mediata, o critério seria, igualmente, o da titularidade/infracção do dever, assim sendo, considerar-se-ia autor mediato o sujeito da relação de dever, que deixa a concretização da acção a uma pessoa externa a essa relação, ou seja, que se encontra à

⁹⁰ A natureza deste dever, pressuposto da própria norma jurídica, fundamenta-se na ordem jurídica extrapenal, uma vez que se funda em ramos jurídicos distintos do penalista. Entre estes deveres destacam-se, nomeadamente, os deveres dos funcionários públicos, o segredo profissional em certas profissões e a obrigação de alimentos (ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Tradução da 6ª edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 385).

⁹¹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., p. 385.

⁹² *Ibidem*, p. 389.

margem do dever que fundamenta a autoria, possibilitando uma perfeita distinção entre o *intraneus* (a pessoa qualificada) e o *extraneus*⁹³.

Esta concepção, segundo Teresa Pizarro Beleza, é uma “construção extraordinariamente sedutora: pelo menos aparentemente todas as dificuldades mais ou menos insuperáveis sentidas pela dogmática ao lidar com estes crimes partindo de conceitos e critérios desenvolvidos com base nos crimes comuns seriam resolvidos”⁹⁴. No entanto, várias são as objecções que têm sido suscitadas relativamente a esta teoria, reveladoras da sua insuficiência e incapacidade para legitimar as regras previstas no artigo 28º do CP⁹⁵.

Primeiramente, do ponto de vista político-criminal, é de evitar tipos legais enraizados num dever jurídico extra-penal, sem que a infracção de tal dever seja precisada numa acção ou omissão ou, no mínimo, exigir um certo resultado. Num Estado de Direito, a consagração destes tipos legais resultaria no comprometimento da exactidão e rigor desejável, principalmente porque assumem a natureza de normas penais brancas em sentido estrito⁹⁶. O Direito Penal deve funcionar como direito de *ultima ratio* e direito de tutela subsidiária dos bens jurídico-penais, intervindo exclusivamente quando outras formas de tutela, tanto social como normativa, forem insuficientes para assegurar a protecção desejada⁹⁷. Como tal, a infracção de deveres extra-penais deve competir a outros ramos de direito.

Ademais, no Direito Penal português, na sua generalidade, o preenchimento de um tipo legal, nos crimes específicos, pressupõe um dever extra-penal e, juntamente com este, uma

⁹³ *Ibidem*, p. 392.

⁹⁴ BELEZA, Teresa Pizarro, *A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever titularidade versus domínio de facto?*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, fascículo 3, Julho-Setembro, 1992, p. 343.

⁹⁵ Para um estudo mais aprofundado das críticas suscitadas pela doutrina vide: BELEZA, Teresa Pizarro, *A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever titularidade versus domínio de facto?*, *ob. cit.*, pp. 342 e ss.; SOUSA, Susana Aires de, *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o art.º 28.º do Código Penal*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, volume 15, nº 3, 2005, pp. 351-353; SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e da participação no contexto empresarial*, *ob. cit.*, pp. 1027-1028.

⁹⁶ O princípio da determinabilidade do Direito Penal consagra a ideia de que os elementos integrantes do tipo devem ser certos, precisos e determinados., uma vez que quanto mais estas características se verificarem, com maior facilidade desempenhará o intérprete a sua função, proporcionando uma maior certeza jurídica na tutela da norma penal. Assim, o legislador deve estar vinculado à construção de tipos legais de crimes recorrendo a elementos que não potenciem a indeterminação. Vide: COSTA, José de Faria, –, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis): introdução, a doutrina geral da infracção [a ordenação fundamental da conduta (facto) punível; a conduta típica (o tipo); a conduta ilícita (o ilícito)]*, *ob. cit.*, p. 219.

⁹⁷ Princípios expressamente consagrados no artigo 18º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa.

acção, um resultado ou, mesmo, uma determinada orientação de vontade⁹⁸. Neste sentido, apesar da pré-existência do dever à violação, o preceito normativo só se poderá considerar violado quando o *intraneus* concretiza a acção descrita no tipo. Assim, afastar, na íntegra, a teoria do domínio do facto não pode ser considerado razoável, visto que sempre será necessário indagar sobre quem executou uma determinada acção ou originou um certo resultado, isto é, quem dominou os factos. Só poderá ser considerado como autor o sujeito que reúne em si uma determinada qualidade, viole os deveres inerentes a essa qualidade mediante uma determinada actuação, o faça com dolo ou com intenções especiais previstas no ilícito-típico.

Outra objecção que esta concepção levanta é o facto de, em determinadas hipóteses, agravar injustamente a punição. Nomeadamente, nos casos em que o titular de dever presta um simples e diminuto auxílio, sendo a acção praticada integralmente pelo *extraneus*. Recorrendo ao critério da titularidade do dever, o *intraneus* cuja conduta é de auxílio seria punido como autor, enquanto o *extraneus* que dolosamente executa um crime é responsabilizado como participante⁹⁹.

Contrariamente à posição de Roxin, alguma doutrina alemã não afasta a teoria do domínio do facto, alegando a validade desta em matéria de crimes específicos cumulativamente com a titularidade do dever especial previsto no tipo. A afirmação de autoria circunscrevia-se não só ao domínio do facto, mas também à indispensabilidade do agente ser qualificado ou idóneo nos termos do tipo. A ausência de uma destas condições resultaria na impossibilidade de imputar determinado facto a um agente a título de autoria¹⁰⁰, o que resultaria necessariamente na verificação de lacunas de punibilidade.

Claus Roxin, nomeadamente, defende que a acumulação dos dois critérios, o da titularidade do dever especial e o do domínio do facto, para determinar a autoria resultaria na impossibilidade de responsabilizar o homem-de-trás qualificado que recorre ao homem-da-frente para executar um determinado facto, sendo que todos os implicados acabariam

⁹⁸ Na existência de preceitos normativos indeterminados, estes são considerados subsidiários a outro tipo de infracções criminais, possuindo um carácter residual. Veja-se, a título exemplificativo, o artigo 432º do CP.

⁹⁹ Vide: SOUSA, Susana Aires de, *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o art.º 28.º do Código Penal*, ob. cit., p. 352.

¹⁰⁰ GÖSSEL, de entre os autores que integram esta concepção, considera que as situações de autoria mediata, no âmbito dos crimes específicos, são de verificação impossível, o que resulta na admissibilidade de ocorrência de lacunas de punibilidade. Assim, exemplificando esta compreensão, um *extraneus* nunca poderia ser autor destes crimes, independentemente da autoria ser imediata ou mediata ou, mesmo, a co-autoria, pois a verificação cumulativa dos dois critérios não seria possível.

por ficar impunes¹⁰¹. Contudo, a solução que este autor propõe não soluciona as situações de lacuna de punibilidade: o *extraneus* que utiliza dolosamente um *intraneus* para a prática de um determinado facto ilícito-típico não seria responsabilizado jurídico-penalmente, e o mesmo se diga nos casos em que duas ou mais pessoas praticam um determinado facto criminoso em conjunto, quando a titularidade do dever extrapenal apenas se atribui a um deles.

A consciência de tais lacunas faz com que determinadas construções doutrinárias ganhem um novo fôlego, nomeadamente a figura do *instrumento doloso não qualificado*¹⁰². Nos termos desta, autor mediato seria aquele que recorre a um *extraneus* para a prática de um determinado facto criminoso, mesmo nas situações em que este age dolosamente¹⁰³.

Ora, outra solução viável, que ultrapassaria os inconvenientes gerados pela lacuna de punibilidade, seria o recurso a uma norma jurídico-penal que determine a incriminação, possibilitando a comunicabilidade das qualidades ou relações especiais do *intraneus* ao *extraneus*, resolvendo satisfatoriamente os casos em que o *intraneus* age mediante o uso de um *extraneus* doloso, ou quando este utiliza aquele que está em erro. Como sustenta Teresa Pizarro Beleza¹⁰⁴, este será o fim do artigo 28º do CP.

¹⁰¹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., p. 393.

¹⁰² Como instrumento doloso não qualificado entenda-se o agente que efectivamente executa o facto delituoso de forma dolosa, sem ser, contudo, o titular do dever especial. Para mais informações sobre este instrumento vide: ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., pp. 278 e ss.

¹⁰³ Na concepção de Gallas, o *intraneus* deve ser considerado autor mediato quando assume uma posição de prevalência e dominância no acontecimento global; assiste-se a uma conversão do acto de indução no exercício de domínio do facto como se praticasse o facto ilícito-típico com as suas próprias mãos (GALLAS, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, p. 136, apud ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., p. 279).

Por sua vez, Wezel, seguindo a teoria do domínio social do facto, por si defendida, concebe que a titularidade do domínio social do facto pelo *intraneus* fundamenta a qualificação deste como autor mediato mediante um instrumento doloso não qualificado. Já, nos termos da teoria do facto normativo-psicológico, que encontra o seu defensor na pessoa de Jeschek, o domínio do facto concebe-se normativamente, pois o facto ilícito-típico só pode ser executado com o auxílio do homem-de-trás que possui a qualidade exigida pelo legislador na consagração do preceito normativo. Na concepção deste autor, a autoria só pode ser afirmada devido à influência preponderante do homem-de-trás, sem o qual o homem-da-frente nunca poderia praticar o facto criminoso.

As construções teóricas referidas supra resultariam no afastamento do princípio da auto-responsabilidade como critério de determinação da autoria mediata, visto que o agente executor actuaria de forma dolosa, e, ademais, é-lhe atribuída uma natureza excessivamente formal, pois a autoria mediata é ficcionada, assim como a instrumentalização subjacente.

¹⁰⁴ Para um estudo mais aprofundado das críticas suscitadas pela doutrina vide: BELEZA, Teresa Pizarro, *A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever titularidade versus domínio de facto?*, ob. cit., p. 345.

O sentido atribuído a esta norma só é passível de ser encontrado se, por momentos, nos abstermos do dever exigido no tipo, procurando a pessoa que com a sua conduta preencheu o ilícito-tipo, percebendo os papéis de participação dos intervenientes. Num momento prévio, raciocinaremos como se estivéssemos perante um crime comum, procurando o agente que dominou o facto, pois só assim poderemos concluir pela existência de um co-autor ou autor a que falta uma determinada qualidade típica e, num segundo momento, por força deste preceito normativo, podemos estender a titularidade do dever. Assim, o raciocínio necessário é distinto do que resultaria da exclusiva aplicação do critério da titularidade do dever. Para esta autora, só a conjugação do critério da titularidade do dever extrapenal com o critério do domínio do facto possibilita a determinação da autoria nos crimes de violação de dever¹⁰⁵.

Por fim, e defendendo igualmente uma solução de conjugação, Susana Aires de Sousa entende que o conceito de instigação-autoria pode desempenhar “um contributo positivo no sentido de preservar o conteúdo primário da autoria mediata”¹⁰⁶. Assim, nas situações em que o *extraneus* (o instrumento) agisse de forma dolosa, não estaríamos perante autoria mediata, mas instigação-autoria, proporcionando uma maior flexibilização dos elementos normativos e, conseqüentemente, uma maior adequação à realidade concreta dos casos, articulando-a com a figura consagrada no artigo 28º do CP. É mediante esta conjugação que o *intraneus*, que domina a vontade de um *extraneus* que actua de forma dolosa, é punido como instigador-autor e o *extraneus* como autor imediato.

Na verdade, e no interesse do tema que versamos, o artigo 28º tem que ser interpretado tendo em consideração os artigos imediatamente anteriores (o artigo 27º relativo a situações de cumplicidade e o artigo 26º que consagra os critérios de determinação de autoria), não podendo ser limitado à resolução das problemáticas originárias da aplicação do critério comum de autoria aos crimes específicos. O artigo 28º não substitui, portanto, o artigo 26º consagrador dos critérios de determinação da autoria, seja ela imediata, mediata, co-autoria ou instigação-autoria, devendo recorrer-se à comunicabilidade das qualidades e relações especiais previstas no tipo de acordo com a determinação de autoria, mediante a aplicação de tais critérios na situação concreta. Não

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 350.

¹⁰⁶ SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e da participação no contexto empresarial*, *ob. cit.*, p. 1029.

sendo aceitável a exclusão da responsabilidade de um sujeito que pratica o facto típico, nomeadamente no quadro empresarial, simplesmente porque não possui a qualidade ou relação que aquele preceito normativo exige.

Assim, compreendemos que, no âmbito dos crimes específicos, poderá ser considerado como autor quem for titular da qualidade especialmente exigida no tipo e, cumulativamente, quem domina o facto que redundará na infracção do dever. Da actuação em conjunto do artigo 28º e do artigo 26º emerge a possibilidade de um *extraneus* ser punido como autor de um crime específico¹⁰⁷, bem como punir o *intraneus* que possui o domínio de vontade do *extraneus*, mesmo quando este age de forma dolosa, isto é, pune-se não só o dirigente empresarial que, no exercício das suas funções, ordenou a prática de um determinado crime, como o trabalhador seu subordinado que executa o tipo-ilícito. O círculo de autoria é amplificado, terminando com as lacunas de punibilidade que resultavam de outras concepções, todavia para ser considerado autor sempre será necessário o domínio de facto, permitindo uma limitação dessa amplificação¹⁰⁸.

3. A responsabilidade dos administradores e representantes nos crimes omissivos: o dever de garante

A ilicitude de um facto revela-se na ofensa a bens jurídico-penais, expressando-se na qualidade ofensiva de uma determinada conduta que se repercute na lesão do bem jurídico. Ora, o tipo-ilícito tanto pode ser realizado mediante a prática de uma acção proibida, como através da omissão de um comportamento. No direito penal actual, o número de acções

¹⁰⁷ Esta punição pode ser excluída se a intenção da norma incriminadora se opuser (“excepto se outra for a intenção da norma incriminadora”, artigo 28º, nº 1, parte final). Nestes casos poderá incluir-se os crimes de mão própria, ou seja, os crimes em que o preenchimento do tipo está dependente da execução por parte do agente qualificado. Contudo, esta exclusão não será automática, uma vez que esta parte final não só não se limita aos crimes de mão própria, como não exclui estes automaticamente. Para um estudo sobre os fundamentos desta posição vide: SOUSA, Susana Aires de, *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o art.º 28.º do Código Penal*, ob. cit., pp. 359 e ss..

¹⁰⁸ O nº 2 do artigo 28º surge como uma restrição ao regime consagrado no nº 1. Assim, o legislador acautelou a verificação de situações em que, injustamente, exista uma agravamento da punição do *extraneus*, ultrapassando eventuais injustiças verificáveis com a alteração automática da pena. O artigo é, portanto, exclusivamente aplicado em situações em que o *extraneus* já seria punido criminalmente, mas com a comunicabilidade da qualidade ou da relação especial exigida no tipo verifica-se um agravamento da pena. Assim, no caso, se as circunstâncias concretas induzirem para a necessidade de aplicar a pena menos grave por motivos de justiça, o juiz terá liberdade para o fazer.

jurídico-penalmente relevantes continua a ser maior do que o das omissões, todavia o número e a própria relevância das omissões terão tendência para aumentar no seio da, denominada, sociedade de risco.

Dentro desta, a competência funcional do administrador societário pode caracterizar-se como propensa não só ao surgimento de crimes por acção, como de crimes por omissão, sendo indispensável reflectir, com plena consciência das dificuldades acrescidas sentidas no âmbito desta temática, sobre a sua responsabilização penal no âmbito destes últimos, nomeadamente a sua responsabilização relativamente a factos ilícitos realizados pelos seus subordinados ou por terceiros que compõem o quadro empresarial¹⁰⁹.

A indagação sobre tal temática tem necessariamente que partir da consciencialização de que o crime omissivo reside na violação de um dever legal de actuar, de forma esperada e, até, imposta, só sendo passível de ser cometido por pessoa sobre a qual recai tal dever. A omissão consiste, portanto, na não execução de uma determinada e concreta acção, isto é, o que se pune penalmente é a não execução da conduta esperada nas circunstâncias em causa, censurando o facto de o agente não ter agido de modo a assegurar o bem jurídico.

A punição penal não se funda, portanto, na inércia, ou seja, no nada fazer, mas sim no não fazer adequadamente, no não ter cumprido o seu dever, o que inclui o não fazer nada, o actuar de forma insuficiente para o que era de si esperado e, até, o agir com base no dever mas inadequadamente¹¹⁰. O agente não tem a obrigação de impedir o resultado, mas o dever de tomar todas as medidas necessárias para que aquele resultado se não verifique.

No âmbito dos crimes omissivos, a doutrina distingue entre os crimes puros ou próprios e os crimes impuros ou impróprios. Segundo a doutrina tradicional, os delitos puros ou próprio são aqueles em que a realização do facto ilícito-típico se verifica na não realização da acção imposta legislativamente, ou seja, omite-se a conduta que a lei expressamente

¹⁰⁹ A responsabilidade criminal do dirigente empresarial pelos factos criminosos realizados pelos seus subordinados era consagrado no artigo 13º do *Corpus Iuris Civilis*, abrangendo os casos em que o dirigente emitia uma ordem, deixava o crime ser cometido ou tinha omitido os seus deveres de controlo, sendo sempre necessário a existência de culpa relativamente a esse crime. Este regime normativo pressupõe, assim, o controlo ou o poder decisório do dirigente administrativo na estrutura empresarial; poder que legitima a existência de um dever de garante relativamente às condutas desenvolvidas pelos seus subordinados. A norma estabelece um dever jurídico, impondo ao dirigente empresarial o dever de impedir que os trabalhadores subordinados pratiquem crimes.

¹¹⁰ Vide: CUNHA, José M. Damião da, *Algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português*, in: *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 497.

exige, existindo uma incriminação expressa dessa omissão, enquanto os crimes impuros ou impróprios serão aqueles em que o agente assume a posição de garante de não produção do resultado típico, ou seja, o agente tem o dever de agir de modo a evitar a lesão do bem jurídico tutelado, lesão que se irá concretizar. Para Jorge de Figueiredo Dias, o critério fundamental da distinção assenta na circunstância decisiva de os crimes impuros não estarem formalmente consagrados, sendo inevitável o recurso à cláusula de equiparação prevista no artigo 10º do CP¹¹¹.

Apesar de como vimos, a omissão pressupor a violação de um dever jurídico de fazer algo, é no quadro das omissões impuras que a questão do concreto dever de garantia e da posição de garante do omitente levanta particulares contornos. Particularmente, no âmbito empresarial é preciso determinar se os dirigentes ou administradores empresariais possuem uma especial posição de garantia, cuja raiz se encontra nas funções que desempenham.

Ora, para além de indagar sobre a existência de um dever de garante¹¹² que impõe aos dirigentes empresariais um dever de agir de modo a evitar lesões aos bens jurídicos resultantes dos riscos decorrentes da actividade empresarial, é indispensável, igualmente, face à ausência de uma norma legal expressa, reflectir sobre o fundamento jurídico de tal dever, analisando as diversas contribuições dogmáticas e jurisprudenciais que têm sido avançadas.

Primeiramente, a omissão consiste na não realização do comportamento devido, sendo que se à empresa competir um determinado dever de agir, são os seus administradores que terão a competência para cumprir esse dever. Nas palavras de Germano Marques da Silva, “a omissão não é punível salvo se sobre o agente recair o dever de agir, no caso de o dever de agir funcionalmente, cumprindo o dever que primariamente é da empresa, mas que, em razão da distribuição de funções no seio da empresa, quando se trata de empresa/sociedade,

¹¹¹ Para informação mais detalhada sobre a distinção entre crimes puros ou próprio e crimes impuros ou impróprios de omissão, vide: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral*, Tomo 1: *questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, ob. cit., pp. 913-917.

¹¹² Denote-se que o tema do dever de garante e das omissões impuras é clássico no direito penal, não sendo exclusivo do quadro empresarial. Efectivamente, o dever de garante é um conceito que, em geral, coloca inúmeras dificuldades e adversidades ao seu aplicador, principalmente porque não só se desconhece o seu conteúdo concreto, como os momentos em que este se verifica são discutíveis. E, no seguimento desta linha de pensamento, é necessário indagar, caso se defenda a existência de um dever de garante, se este é geral ou se existem concretos deveres de garante moldados pelo próprio dever, isto é, o âmbito de protecção depende das qualidades de quem possui o dever, mas igualmente do que se deve proteger e dos motivos dessa protecção.

recai sobre a administração”¹¹³. No quadro da criminalidade empresarial é, portanto, necessário verificar se sobre a sociedade empresarial recai um dever de agir, sendo que a sua omissão constituirá um facto típico¹¹⁴.

O dever de agir imposto à sociedade recai, na sua generalidade, na administração, sem, contudo, se poder ignorar a existência de normas especiais que imponham esse mesmo dever a outros órgãos societários. Na generalidade, é da competência do conselho de administração ou da direcção “gerir as actividades da sociedade” (artigo 405º, nº 1 e 431º, nº 1 do CSC), sendo que “os gerentes devem praticar os actos que forem necessários ou convenientes para a realização do objecto social” (artigo 259º). Preceitos normativos abrangentes e pouco explícitos que se concretiza com o auxílio dos ensinamentos de Coutinho de Abreu, englobando as decisões estratégicas ou fundamentais sobre os objectivos empresariais a longo prazo, a organização dos meios produtivos, dimensão e localização das empresas, as diversas políticas empresariais (incluindo a distribuição, produção, pessoal e financiamentos), o provimento de postos laborais de direcção e o sistema informacional entre os órgãos e dentro da própria empresa¹¹⁵. Para além destes actos, passíveis de ser denominados como de alta direcção, os administradores são, igualmente, responsáveis pela execução e desenvolvimento de tais opções, exercendo a gestão corrente, do quotidiano empresarial, o que, muitas vezes, requer o exercício de poderes de representação da sociedade.

A própria institucionalização da actividade empresarial resulta no reforço da confiança que recai sobre determinados sujeitos, nomeadamente nos administradores empresariais, presumindo-se que estes são especialmente capazes e hábeis para lidar com os riscos inerentes à actividade que desenvolvem. Nos administradores recairá, portanto, um especial dever de vigilância da actividade empresarial, de modo a evitar a prática de actos passíveis de provocar lesões em bens jurídicos de terceiros ou nos interesses comunitários.

¹¹³ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, ob. cit., p. 377.

¹¹⁴ Para ver exemplos de crimes por omissão que recaem sobre a sociedade, consulte: SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, ob. cit., pp. 377-378.

¹¹⁵ Vide: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 40.

Contudo, essa mesma institucionalização possui um efeito perverso, visto implicar uma dificuldade acrescida de prova de imputação do dano à violação do dever¹¹⁶.

O fundamento deste dever de garante do administrador empresarial é alvo de gritante controvérsia, não existindo consenso nem na doutrina, nem na jurisprudência¹¹⁷.

São duas as teses principais presentes na doutrina quanto à fonte da posição de garante. A primeira admite que o dever de garante é consequência de um dever jurídico extrapenal, estando, portanto, dependente de um dever de actuar previsto na legislação extrapenal. Esta teoria doutrinária é considerada insuficiente face ao seu excesso de formalismo e amplitude, visto que todos os deveres extrapenais poderiam gerar deveres de garantia.

Outra tese fundamenta o dever de garante dos administradores no domínio da organização empresarial. A empresa é considerada fonte de riscos e perigos para terceiros, competindo aos titulares do poder de administração evitar esse perigo mediante um controlo de segurança, independentemente da origem desses perigos estar nas máquinas (potencial material) ou nas pessoas (potencial pessoal). Aos administradores competirá agir de modo a precaver danos aos bens jurídicos.

Assim, sobre o dirigente ou administrador empresarial recai um dever de vigilância ou de controlo; a omissão de tal dever resultará na sua responsabilização, caso a violação de tal dever lhe for imputável por negligência ou dolo e resulte na prática de um ilícito-típico por um dos seus subordinados¹¹⁸. Ao administrador como pessoa competente para gerir as actividades da sociedade e o dever de praticar os actos necessários ou convenientes à realização do objecto social, recairá esse dever, sendo que este não visa propriamente evitar a produção de um resultado, mas somente evitar a ocorrência de actos que lesionem bens jurídicos.

¹¹⁶ Entre as soluções apresentadas para ultrapassar esta dificuldade encontra-se a imputação directa da empresa e dos seus administradores, por reflexo, o que resultaria na responsabilização penal dos administradores por todos os danos resultantes da actividade societária, o que é inaceitável no nosso sistema penalista.

¹¹⁷ Para um aprofundamento das teses seguidamente apontadas e correspondentes referências bibliográficas, vide: SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, *ob. cit.*, pp. 385 e ss..

¹¹⁸ O artigo 11º do CP, nº 2, consagra a responsabilidade das pessoas colectivas por quem aja sob a autoridade das pessoas dessas pessoas, ocupando uma posição de liderança, prevendo expressamente a sua responsabilização em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbe.

O artigo 10º do CP abrange a punição penal por acção e por omissão, referindo aquela como a omissão adequada a evitar um determinado resultado, assim, em causa não está o não fazer absolutamente nada, mas o não fazer de modo adequado, isto é, o agente tanto pode nada fazer, como não actuar do modo esperado ou, até, actuar mas de forma completamente inadequada o que concorre para a consumação de determinado facto. Em suma, o agente não cumpre o dever a si atribuído, estando obrigado a tomar as precauções necessárias a evitar um determinado resultado ou, pelo menos, a reduzir a probabilidade de ocorrência daquele.

4. A delegação de funções dos administradores e dos representantes e a sua responsabilização penal

A complexidade que a tarefa de administrar pode assumir, principalmente em sociedades anónimas de grande dimensão¹¹⁹, e a consequente impossibilidade ou dificuldade de todo o conselho de administração se ocupar ininterruptamente da gestão resultou na consagração da possibilidade de delegação de alguns dos poderes desse órgão.

A delegação de poderes ou competências – atribuição dos poderes e deveres que incumbem à administração da sociedade a um trabalhador subordinado ou mesmo a um terceiro à estrutura da empresa – reveste uma grande relevância teórica e prática na responsabilização dos administradores e dirigentes das sociedades. No âmbito de sociedades empresariais de média e grande dimensão, a delegação é uma prática habitual e, até, necessária¹²⁰, especialmente no que diz respeito a funções muito técnicas, nomeadamente questões de direcção técnica, organização contabilística e tributária. Algumas das competências dos administradores são, assim, delegadas, pondo-se, portanto, a questão do relevo desta problemática para fins de responsabilidade penal.

¹¹⁹ Nas sociedades anónimas de grandes dimensões “pode verificar-se um fenómeno de abstencionismo ou de falta de preparação de alguns dos administradores” o que torna conveniente a delegação. Vide: MARTINS, Alexandre de Soveral, *A Responsabilidade dos Membros do Conselho de Administração por actos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva*, Boletim da Faculdade de Direito, 2002, p. 372.

¹²⁰ Mais do que uma prática habitual, a delegação de funções na maioria das sociedades que caracterizam o nosso século é imprescindível. É notório que o administrador se encontra humanamente impossibilitado de abranger todos os sectores da complexa organização empresarial, estando obrigado a delegar competências.

Duas posições doutrinárias sobressaem:

a) A primeira, atenta à situação real, desresponsabiliza o delegante. Para esta perspectiva, o responsável pessoal é o sujeito delegado, que foi constituído como garante da não verificação de factos lesivos.

b) A segunda perspectiva entende que a delegação, se cumprir determinados requisitos, exclui a culpa do delegante. Todavia, essa exclusão não é obrigatória, na realidade, apesar de o cumprimento de determinadas obrigações de cuidado poderem competir ao delegado, a delegação em si não transfere directa e totalmente todas as obrigações do delegante¹²¹.

Ora, como bem se consegue compreender, subjacente à discussão encontra-se a preocupação de não excluir da responsabilização aqueles que, por lei, são os responsáveis pela organização empresarial e que determinam as linhas gerais de actuação societária, não se devendo, por isso, aceitar a transferência de competências a terceiros com efeito liberatório. Contudo, simultaneamente, não se poderá atribuir a esta afirmação um carácter de extremo rigor, sob pena de cairmos na responsabilização meramente formal do administrador.

Antes de desenvolvermos a problemática relativamente ao administrador que delega, é necessário inferir sobre a responsabilização do delegado; problemática que ganha os seus contornos no quadro da actuação em nome de outrem, sendo que o artigo 12º não contém qualquer referência expressa que permita concluir que quem actua no exercício de funções parciais se encontra em posição idêntica à do autor do tipo¹²².

O problema em causa consiste em analisar a eventual existência de uma relação de proximidade material com o bem jurídico por parte de quem desempenha essas funções parciais e a sua semelhança com a relação do autor típico. O que nos obriga a procurar uma resposta a duas questões distintas: por um lado, saber se o delegado se encontra em posição

¹²¹ Vide: SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, ob. cit., pp. 405-406, com as respectivas referências bibliográficas.

¹²² Contrariamente, a norma jurídica alemã que prevê este instituto (§ 14 StGB) integra no seu âmbito de aplicação as situações de desempenho de funções parciais, possibilitando a imputação da responsabilidade “aos encarregados em estabelecimentos, empresas e serviços públicos a quem se tenha confiado total ou parcialmente a direcção (...) ou que tenham de cumprir os deveres que incumbem oficialmente ao director” (SERRA, Teresa, *Actuação em nome de outrem no âmbito empresarial, em especial no exercício de funções parciais – observações breves*, ob. cit., p. 610, n.º 39).

semelhante ao delegante relativamente aos deveres atribuídos e, por outro lado, saber se ele possui o domínio do facto imprescindível para poder imputar-lhe o facto a título da autoria.

Numa análise da primeira questão não podemos afirmar que o delegado se encontra numa posição idêntica ao delegante, aquele pode cumprir as suas funções parciais sem possuir todas as informações necessárias que lhe permitam ter uma visão global e um consequente controlo do contexto que, provavelmente, o delegante possuiria. Cumprir o dever de outra pessoa, ocupando o seu lugar, é manifestamente distinto de cumprir um dever que recaia na própria pessoa que age.

Relativamente ao domínio de facto por parte do delegado, é preciso inferir do seu poder de decisão e domínio. No quadro empresarial, apesar da delegação de funções poder ser efectuada de forma clara e precisa, concedendo não só o poder de tomar decisões mas também o poder fáctico para as colocar em prática, é, igualmente, concebível a delegação do planeamento, reservando o delegante o poder decisório. Nesta última situação descrita, é possível verificar-se um “*vaivém*” de imputação de responsabilidade, impossibilitando a determinação do verdadeiro autor, porque o representante alegará que não possui qualquer poder decisório, enquanto o seu superior hierárquico invocará que o seu poder é meramente formal, procedendo apenas a uma autorização automática sem olhar aos factos¹²³. No caso de grandes estruturas multinacionais, pautadas pela divisão de trabalho e pela existência de uma cadeia hierarquizada de decisão e transmissão de competências, os obstáculos avolumam-se.

Dificuldades e obstáculos que indubitavelmente têm que ser considerados, não obstante, defender a impossibilidade de o delegado deter o domínio social típico do autor parece-nos imprudente¹²⁴. Com efeito, como já vimos, o artigo 12º admite a punição de quem age voluntariamente em representação de outrem. Ora, a delegação consiste, simplifadamente, na atribuição da representação dos poderes e deveres de uma pessoa a outra. Deste modo, é aceitável a responsabilidade do delegado, no âmbito das funções parciais que lhe são atribuídas, pelos factos por si praticados por acção ou omissão no exercício dessas funções, sem nunca, é claro, esquecer, que apenas no caso *sub judice*, se pode efectivamente verificar se existiu domínio social do facto.

¹²³ *Ibidem*, p. 612

¹²⁴ Distintamente TERESA SERRA defende que o delegado não detém o domínio social do facto como autor, não podendo ser punido como tal (SERRA, Teresa, *Actuação em nome de outrem no âmbito empresarial, em especial no exercício de funções parciais – observações breves*, *ob. cit.*, p. 610).

Quanto à responsabilidade do administrador societário, devemos considerar que a delegação não exonera o delegante dos seus deveres. Na realidade, podemos conceber que a delegação ao mesmo tempo que cria determinados deveres para o delegado, que esta não possuía, modifica o dever de garante do delegante sem o suprimir.

Com a delegação, o dever de garante que recaía sobre o garante passa a ser partilhado entre o delegante e delegado. Apesar de ser necessário verificar as características da delegação efectuada, o delegante responderá por deficiente ou ausência de vigilância da actuação danosa dos delegados. Isto é, ao delegante competirá um dever de garante de conteúdo distinto: um dever de supervisão e vigilância¹²⁵.

Contudo, denote-se que a exigência de cumprimento desse dever não poderá ser exagerada ao ponto de anular as vantagens deste método de organização societária. Na realidade, se o delegante não teve nem poderia ter tido em tempo oportuno conhecimento da prática, por parte do delegado, de determinado acto típico, não poderá responder penalmente, em regime de comparticipação pelo ilícito-típico, nomeadamente por falta de um dos pressupostos da punição: a culpa. Como nos ensina Germano Marques da Silva, “o conteúdo do dever de vigilância do delegante deverá determinar-se em atenção ao tipo de actividade e às características pessoais do delegado, ao perigo que se pretende controlar e à dificuldade do seu controlo. Também a aptidão técnico-profissional, experiência do delegado e a duração da vigência da delegação devem ser tidos em conta, ora para intensificar o dever de vigilância ora para o atenuar, em função do que razoavelmente pode ser esperado da actividade do delegado”¹²⁶. O garante só pode, portanto, ser responsabilizado por um facto que realizou por não ter agido com os cuidados que a si eram impostos pelo dever de garante e, como tal, facto praticado com o concurso da sua própria culpa.

¹²⁵ Neste sentido, ver Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, ob. cit., p. 411.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 411.

CAPÍTULO III

DO DIREITO PENAL SOCIETÁRIO E DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO DIRIGENTE EMPRESARIAL

Se nos pedissem para descrever os delitos penais societários em poucas palavras, provavelmente essa descrição seria a de complexo normativo, típico do fenómeno de neocriminalização, consagrado pelo legislador em legislação extravagante, relegado para as margens do direito penal, desconhecidos, na generalidade, pela jurisprudência e pela própria doutrina. Esta é a realidade do direito penal societário português, destinado a um puro esquecimento, sem qualquer aplicação prática, em grande parte fundamentada nos inúmeros problemas de técnica legislativa da sua composição que impossibilitam uma correcta compreensão do seu conteúdo. Apesar de tal estado deprimente e desencorajante, o estudo dos crimes societários é relevante no quadro da responsabilidade penal do dirigente empresarial no exercício das suas funções.

Com efeito, os crimes societários, na maioria dos sistemas judiciários europeus, consistem na punição jurídico-penal de condutas do administrador, consideradas dignas de tutela penal. Aos administradores e dirigentes empresariais tem, desde há muito tempo, sido aplicado a lei penal comum, desde que as suas condutas se enquadrassem nos tipos legais aí previstos, como seria o caso do abuso de confiança, da insolvência criminal, da burla, da falsificação, da infidelidade patrimonial, entre outros. Todavia, tudo o que concretamente visasse a vida mercantil e as especificidades da sua disciplina jurídica extravasava, claramente, a área de abrangência do direito penal clássico, resultando na

imprescindibilidade do legislador, jurisprudência e doutrina recorrerem a disposições normativas com o âmbito limitado, como a falência fraudulenta, as infracções contabilísticas ou mesmo a usura, manifestamente incapazes de responderem satisfatoriamente às necessidades de punição. Assim, face à impossibilidade de encaixar as condutas nos tipos legais clássicos previstos, a maioria das acções dos administradores e dirigentes não eram punidas.

Estas dificuldades punitivas e o crescimento do sentimento da indispensabilidade de punição de certas condutas, espelho, em parte, de uma administração danosa, ditaram a criação de tipos-legais específicos para disciplinar a vida societária, incriminando condutas que violam a disciplina jurídica das sociedades comerciais¹²⁷; condutas que, na concepção do legislador, são dignas de tutela penal, garantindo, assim, uma protecção capaz e suficiente dos inúmeros interesses que estão conectados com a actividade empresarial como os interesses dos sócios, dos trabalhadores, dos fornecedores, dos credores e, inclusive, da economia nacional. Todos interessados no efectivo e real controlo do funcionamento da sociedade. Surgiu, assim, a ideia de criação de um ramo ou, melhor dito, de um sub-ramo, do direito punitivo: o Direito Penal Societário.

Esta concepção de Direito Penal das Sociedades concretizou-se, no ordenamento jurídico português, com a entrada em vigor do DL n.º 184/87, de 21 de Abril, decorrente da reforma efectuada ao CSC¹²⁸ e destinado à publicação da legislação penal e contra-ordenacional de comportamento ilícitos que materialmente se inscrevem no âmbito das actividades próprias das sociedades comerciais. Nos termos do preâmbulo do mencionado

¹²⁷ Para além do recurso aos tipos ilícitos-clássicos e face à inaptidão destes para questões de grande especificidade técnica, pontualmente, recorria-se a outras áreas do direito penal, designadamente o fiscal, a falimentar, o do mercado de valores mobiliários. Contudo, também estas eram insuficientes para fazer face aos problemas originários na vida societária que ganharam uma maior amplitude com as mudanças estruturais da, actualmente designada, sociedade de risco que, como bem refere José Tomé de Carvalho, “desencadeou novas necessidades humanas, as quais reclamaram novos tipos de protecção e justificaram o reforço dos mecanismos de tutela até então existentes” (CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, in: *Julgar*, n.º 9, 2009, p. 205).

¹²⁸ O DL n.º 262/86, de 2 de Setembro de 1986, aprovou o CSC, todavia, ao tempo de tal publicação, o governo não possuía a autorização legislativa necessária para aprovar as respectivas disposições penais, visto tratar-se de matéria de reserva relativa da AR, que só seria concedida pela Lei n.º 41/86, de 23 de Setembro, e só em 1987 é que aquelas foram introduzidas. Efectivamente, na ânsia de publicar o novo CSC existiu alguma precipitação e pouco cuidado o que resultou na saída a público de “um texto cheio de gralhas e de remissões erradas, como raramente se terá visto entre nós”, tendo sido necessário proceder a inúmeras rectificações (CAEIRO, António, *Princípios fundamentais da reforma do direito das sociedades comerciais*, in: *Textos – Sociedades Comerciais, 1994/1995*, Centro de Estudos Judiciários e Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, p. 13).

diploma legislativo, “não se pode dizer que seja nova, ou sequer recente, a necessidade de editar normas penais sobre a matéria da vida das sociedades comerciais. É, no entanto, nova a expressão dessa necessidade”.

O DL n° 184/87 introduziu, então, o Título VII no CSC, já em vigor, constituído pelos artigos 509° a 528°, com a epígrafe primária de “Disposições Penais”. Epígrafe posteriormente rectificada com a Declaração de 31 de Julho de 1987, ampliando aquela, de modo a abranger as sanções contra-ordenacionais previstas no artigo 528°, para “Disposições penais e de mera ordenação social”. Todavia, com a republicação do CSC pelo DL n° 76-A/2006, de 29 de Março, tal rectificação não foi considerada, retomando a epígrafe inicial, incorrectamente face à manutenção dos ilícitos mera ordenação-social.

De entre a disciplina societária, o legislador incidiu o seu foco de atenção, especialmente, na constituição das sociedades comerciais, no funcionamento das assembleias sociais, no direito de informação, na amortização de quotas e de acções, na distribuição ilícita de bens societários, na fiscalização da vida da sociedade, entre outros¹²⁹, punindo comportamentos que já eram “objecto de uma reprovação muito intensa e inequívoca da comunidade”¹³⁰. Tutela-se, assim, o cumprimento das normas que regulam especialmente o funcionamento das sociedades comerciais, mas também protege-se os interesses de todos os que, de certo modo, se relacionam com a sociedade, como os sócios, os credores, os trabalhadores e, inclusive, os clientes.

¹²⁹ O projecto do CSC de 1983, já previa disposições penais no seu título VII, sendo que, no preâmbulo, justificava-se a consagração de tais normas criminais, nos termos seguintes: “sem cairmos no exagero de tudo penalizar, considerámos que havia certos comportamentos faltosos cuja verificação devia dar lugar à aplicação de penas, por serem susceptíveis de prejudicar de modo inadmissível o património social, direitos dos sócios ou de terceiros”. Consagrava a punição das seguintes condutas: as declarações feitas para efeito de constituição, alteração ou registo da sociedade (artigo 500°); a falta de cobrança de entradas, a aquisição de acções próprias, participações recíprocas (artigo 501°); a atribuição ilícita de bens (artigo 502°); infracção relativa à apreciação da situação anual da sociedade (artigo 503°); falta de convocação ou de preparação de assembleias (artigo 504°); infracções relativas ao funcionamento da assembleia (artigo 505°); infracções relativas à redacção de actas (artigo 506°); infracção no caso de perda de metade do capital (artigo 507°); escrituração fraudulenta (artigo 508°); oposição à fiscalização (artigo 509°); infracções relativas ao registo ou depósito de acções (artigo 510°); abuso de informações (artigo 511°); manobras fraudulentas sobre títulos (artigo 512°) e emissão irregular de acções ou obrigações (artigo 513°). Neste título incluía-se, igualmente, o artigo 514° sobre a extensão de tais preceitos, ao qual já nos referimos, quando nos dedicámos ao estudo do artigo 12° do CP.

Estes normativos penais nunca chegaram a vigorar. Com efeito, apesar de, durante a vigência do VIII Governo Constitucional, o Governo ter requerido à AR autorização para legislar em matéria de disposições penais e esta ter votado a autorização legislativa, a queda do Governo fez caducar a proposta.

¹³⁰ Nota 3 do preâmbulo do DL n° 184/87, de 21 de Abril.

Todavia, apesar destas disposições normativas estarem inseridas no nosso ordenamento jurídico há cerca de vinte e sete anos, dificilmente se pode considerar que tal texto normativo se tenha consagrado em “direito vivo”¹³¹. Efectivamente, são poucas as publicações doutrinárias sobre as disposições penais presentes no CSC e inexistentes as decisões jurisprudenciais, apesar de duvidarmos que na vida quotidiana tais condutas não se verifiquem, até, com alguma facilidade e, conseqüentemente, provocarem alguma danosidade social. Se a esta conjuntura adicionarmos a dificuldade de prova, a falta de conhecimentos de direito societário, a técnica legislativa utilizada e os seus complexos problemas e a discutível necessidade punitiva de algumas destas condutas, facilmente se compreende, recorrendo às palavras de Susana Aires de Sousa, que “o impasse prepondera na tutela penal das sociedades comerciais. Criou-se (...) um círculo fechado e esgotante em que cada um espera pelo outro para agir, mantendo-se uma desconcertante imobilidade negadora da existência daquele direito”¹³².

A estes factores acresce-se a quase inalterabilidade dos dispositivos normativos desde 1987, independentemente das reformas e alterações realizadas no regime jurídico societário, designadamente em normas a que estes crimes societários estão intrinsecamente conectadas. Na realidade, uma breve leitura de tais ilícitos-típicos resulta na consciência das dissonâncias existentes entre o regime criminal previsto e o direito societário. Factores que teriam uma maior relevância não fosse a ausência de um conhecimento generalizado sobre a existência de tais dispositivos normativos, sendo até de questionar, se o administrador e o dirigente empresarial, cujas qualidades funcionais exigem e impõe a obrigação de se informar e ter conhecimento dos deveres inerentes ao cargo, têm um efectivo conhecimento de tais normas criminais, independentemente de, salvo situações excepcionais, tal desconhecimento ser indesculpável.

Contudo, e apesar de nesta pequena nota introdutória já existir menção a inúmeros temas que serão melhor explorados posteriormente e que poderiam indiciar uma total irrelevância no estudo destas disposições normativas, entendemos que assim não é. Apesar de não desejarmos efectuar uma interpretação, análise e decomposição individual de cada um dos artigos presentes no Título VII do CSC, que pouca utilidade prática possuiria,

¹³¹ FERNANDES, Gabriela Páris, *O crime de distribuição ilícita de bens da sociedade*, in: Direito e Justiça, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, tomo 2, volume 15, 2001, p. 233.

¹³² SOUSA, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12, nº 1, 2002, Coimbra: Coimbra Editora, p 49.

sentimos a indispensabilidade de proceder a um estudo geral, detectando o sentido e objectivo da consagração de tais preceitos normativos, indagando sobre a sua legitimação, sobre a natureza do bem jurídico tutelado, sobre as técnicas legislativas utilizadas e, no fundo, averiguando sobre o eventual futuro deste sub-ramo do Direito Penal.

1. Breve enquadramento histórico e perspectivas de Direito Comparado: o fundamento da consagração dos crimes societários

O direito penal das sociedades comerciais é, na perspectiva da história do Direito, relativamente recente. A sua consagração remonta à segunda metade do século XIX, sendo o direito francês o pioneiro na sua criação, mediante a adopção das leis de 17 de Julho de 1856 e de 24 de Julho de 1887. A sua consagração não se deveu a inspirações doutrinárias, mas, fundamentalmente, a um carácter utilitário de prevenção de abusos, assente num intuito pedagógico como meio de prevenção e combate às várias formas de violação da disciplina jurídica societária.

Efectivamente, não há como negar a conexão entre o desenvolvimento do direito penal societário e as transformações do regime jurídico geral. Na realidade, as incriminações acompanham e reflectem a concepção das sociedades e a sua importância económico-social em determinado momento histórico¹³³. Numa fase inicial, a opção legislativa de criminalizar certas condutas esteve conexionada com problemas de ordem técnica, todavia, com o desenvolvimento económico e a consagração das sociedades anónimas, o próprio direito societário altera-se, distanciando-se de uma visão contratualista para ser instrumento das grandes organizações económicas. Após a primeira guerra mundial, a crise económica de 1929 e o impacto financeiro de grandes burlas e falências, surgiu a necessidade de assegurar a confiança nos mecanismos de financiamento e de crédito, por um lado, e de proteger, principalmente, o pequeno accionista¹³⁴ mediante o

¹³³ Para o estudo da extrema conectividade entre a estrutura do sistema económico e o direito societário, pela luz do exemplo da França, vide: BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro, *Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais*, in: Revista de Direito e Economia, ano 3, nº 2, Julho-Dezembro de 1977, pp. 269 e ss..

¹³⁴ A expansão das grandes sociedades por acções não simbolizou o fim da propriedade privada dos meios de produção em uma ou duas pessoas, revelando-se, contrariamente, como um importante instrumento de centralização de capitais, potenciador da concentração do poderio económico num número reduzido,

reconhecimento do direito de informação e o estabelecimento de formas de controle da actividade dos dirigentes empresariais. É neste contexto que surge um maior ímpeto do Direito Penal Societário, face à incapacidade das normas de direito privado e do direito penal clássico proporcionarem efectivos meios de defesa, passando aquele a ser um dos instrumentos de realização da política económica¹³⁵.

Em parte, o direito penal societário emerge como meio de consolidação das regras e hábitos de correcção e integridade na prática societária, para o próprio desenvolvimento da ética societária. Contudo, tal consolidação tem, simultaneamente, que respeitar as características inerentes à vida económica, marcada pela iniciativa privada e confiança empresarial. Face à grande crise global, iniciada em 2007 e cujas repercussões ainda hoje se sentem, e à proliferação da ruptura financeira de empresas com enorme dimensão económica e social, muitas vezes enraizada em actos de administração danosa, poder-se-ia dizer que tal função pedagógica é, no mínimo, limitada. O que não deixa de ser verdade, contudo, e, como bem salienta Coutinho de Abreu, apesar de a crise ter colocado em descoberto muitas das deficiências existentes no sistema económico-societário e financeiro, no plano de regulação e supervisão, “as falhas maiores estiveram não no como da organização societária (estrutura e funcionamento dos órgãos de administração e de fiscalização) mas no que às sociedades foi permitido fazer (por falta de regulação e/ou supervisão)”¹³⁶.

Efectivamente, como consequência da concepção da maior liberdade para os mercados, principalmente nos Estados Unidos da América, e em resultado de alguma indiferença para com a legislação consagrada, surgiu na pessoa do administrador o jogador económico, que corre riscos, criando instrumentos financeiros de altíssima sofisticação e risco elevado, e

limitado, de grandes accionistas, impedindo os pequenos accionistas de possuírem alguma influência sobre qualquer decisão económica. Com efeito, é raro a existência de uma obra que se debruce sobre a criminalidade económica que não alerte para os riscos inerentes às sociedades por acções para os pequenos accionistas. Tradicionalmente, da estrutura das sociedades por acções decorre o domínio do órgão social dirigente, que actua quase sem controlo, sendo que o pequeno societário é maioritariamente colocado perante actos já consumados e apesar estarem conectados à sociedade, tendem a não dispor de meios eficazes para influenciar o seu destino. Assim, são várias e amplas as alterações introduzidas no ordenamento jurídico-societário de modo a proteger a sua posição, designadamente a consagração de um abrangente direito à informação.

¹³⁵ Vide: BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro, *Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais*, ob. cit., pp. 269 e ss.; FERNANDES, Gabriela Páris, *O crime de distribuição ilícita de bens da sociedade*, ob. cit., pp. 237 e ss..

¹³⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 2.

pratica actos danosos, tendo como fim único e último o lucro a curto prazo¹³⁷, pouco importando se a longo prazo os danos causados serão ou não reversíveis¹³⁸.

Apesar da consagração dos crimes societários no Código das Sociedades Comerciais, tal função pedagógica é, pelo menos no ordenamento jurídico português, de pouco relevo. Não é possível moldar éticas societárias, quando a maioria de administradores e dirigentes empresariais, enquanto responsáveis pela actuação societária, não têm consciência, nem conhecimento de tais dispositivos normativos, e, caso tenham, têm perfeita noção da inexistência de aplicação prática dos mesmos.

Apesar das visíveis problemáticas, a consagração dos crimes societários, na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, inclusive no nosso, visou a tutela das regras que disciplinam o correcto funcionamento da empresa. O Direito Penal Societário surge, para os Estados, como o meio de introdução no ordenamento jurídico de normas que sancionem comportamentos abusivos de quem possui uma posição de poder ou de direcção na empresa, garantido o correcto funcionamento da sociedade comercial, tal como imposto pelas normas de direito comunitário¹³⁹.

¹³⁷ Um dos deveres dos administradores, consagrado no artigo 64º do CSC, é o dever de cuidado, que exige que estes cumpram com diligência as obrigações derivadas da função que desempenham, de acordo com o interesse máximo da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa medianamente prudente e em circunstâncias similares. Dever que obviamente nem sempre é cumprido.

¹³⁸ A consciência das dificuldades de revisão e de supervisão poderão e, mais correctamente, deverão ser tidas em consideração em futuras reformas ou alterações do direito societário. O direito das sociedades comerciais, na actualidade, dificilmente, se pode isolar no ordenamento jurídico português. Efectivamente, parte das alterações verificáveis nos últimos anos no direito societário e comercial, em geral, deve-se ao direito comunitário e às medidas comunitárias desenvolvidas por uma Europa que, muitas vezes, relega para o esquecimento a realidade empresarial, sendo insensível perante esta. Apesar da maioria das empresas portuguesas ser de pequena e média dimensão, muitas das reformas europeias efectuadas e, até, o próprio sistema vigente só fazem sentido para as grandes sociedades abertas, cujo impacto no nosso sistema económico-social é de diminuto relevo. A generalização das normas pensadas para as grandes sociedades anónimas às sociedades por quotas e às pequenas e médias sociedades anónimas pode ter um efeito caótico, sendo que só o reconhecimento de tal realidade e a aceitação das lições que a crise nos ensinou poderá resultar no aperfeiçoamento do direito societário, tanto nacional como europeu.

¹³⁹ Designadamente, a Primeira Directiva 68/151/CEE, de 9 de Março de 1968, com o fim de coordenar, nos EM, as garantias exigidas às sociedades para protecção de interesses dos sócios e de terceiros, que previa no seu artigo 2º, nº1, a tomada das medidas necessárias para a obrigatória publicidade de diversos actos e documentos, e no seu artigo 6º, a consagração de sanções adequadas à falta de publicidade do balanço e da conta de ganhos e perdas e à omissão, nos papéis comerciais às menções obrigatórias previstas no artigo 4º; e a Quarta Directiva 78/660/CEE, de 25 de Julho de 1978, relativa às contas anuais de certas sociedades, especificamente o seu artigo 51º, nº 3, prevendo a introdução de sanções adequadas para o caso em que as contas anuais ou o relatório de gestão das sociedades em questão não sejam elaborados em conformidade com respectiva directiva .

No domínio do Direito Continental europeu¹⁴⁰, a adopção de tais normas jurídicas não seguiu um tratamento uniforme. Efectivamente, são dois os modelos históricos a que se recorre para consagrar o direito penal societário: o modelo da legislação germânica, que opta por punir poucos comportamentos, mas de maior gravidade, e o modelo da legislação francesa que se caracteriza pela abundância de comportamentos punidos¹⁴¹.

Historicamente, o legislador francês foi pioneiro na consagração do Direito Penal Societário com as Leis de 17 de Julho de 1856 e de 24 de Julho de 1867¹⁴², destinando-se a primeira à regulação das sociedades em comandita e a segunda à regulação das sociedades anónimas. Estas leis revogaram o regime de indispensabilidade de autorização governamental para a constituição de sociedades comerciais adoptando o regime de liberdade negocial; regime que se repercutiu na imprescindibilidade de repressão de determinadas condutas abusivas através de disposições penais especificamente societárias, criminalizando certas irregularidades na constituição das sociedades, a publicação de informações falsas e a distribuição de lucros inexistentes.

Este último diploma legislativo, após ser alvo de múltiplas modificações, foi substituído pela Lei nº 66-537, de 24 de Julho de 1966, a *Loi sur les sociétés commerciales*, que previa um amplo leque de criminalizações, mais de sessenta artigos (423º a 489º)¹⁴³, enquadradas no *droit pénal des affaires*. Entretanto, num movimento generalizado que se tem verificado na maioria dos ordenamentos jurídicos em anos recentes, a Lei de 15 de Maio de 2001, *Nouvelle Régulations Économique*, iniciou um processo de despenalização, motivado grandemente pelo número excessivo de ilícitos-típicos e a sua ínfima relevância jurídico-penal. Processo que foi continuado e aprofundado pela *Loi sur la Sécurité Financière*, Lei

¹⁴⁰ Único domínio a que nos dedicaremos no âmbito do estudo de direito comparado, apesar de entendermos que um estudo mais completo, nomeadamente ao nível da responsabilidade do administrador no direito anglo-saxónico poder ser relevante.

¹⁴¹ O grande número de ilícitos-típicos consagrados pela legislação francesa deve-se, em parte, à sua rejeição do direito de mera ordenação social. Vide: CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, ob. cit., p. 206.

¹⁴² Apesar de ser considerada pioneira na consagração deste ramo ou sub-ramo de Direito, J. M. Merêa Pizarro Beleza indica-nos que esta lei surge “já numa fase de consolidação de um «direito penal especial das sociedades comerciais»”, visto que, e como já indagámos, a aplicação da lei penal aos dirigentes e administradores responsáveis pela gestão empresarial desde há muito que se verificava (BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro, *Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 267).

¹⁴³ Nas criminalizações consagradas incluíam-se, a título exemplificativo, infracções relativas às sociedades anónimas, designadamente quanto à sua constituição, à sua direcção e administração, às suas assembleias de accionistas, às modificações do capital social, ao seu controlo e à dissolução das mesmas, infracções relativas às sociedades em comandita por acções, infracções comuns às diversas formas de sociedades por acções, infracções relativas aos valores mobiliários emitidos pelas sociedades por acções, entre outras.

2003-706 de 1 de Agosto de 2003, Lei da *Ordonnance sur la simplification du droit et des formalités pour les Entreprises*, Lei 2004-274 de 25 de Março de 2004, e pela Lei da *Ordonnance sur les Valeurs Mobilières*, Lei 2004-604 de 24 de Junho de 2004, assim prosseguindo o intuito de simplificar o direito penal societário francês¹⁴⁴.

No momento actual, o Título IV do Livro II, sobre sociedades comerciais e grupos de interesse económico, prevê um conjunto de disposições criminais que regulam, em termos gerais, as infracções respeitantes às sociedades de responsabilidade limitada, infracções relativas às sociedades por acções, incluindo a regulação da constituição das sociedades anónimas, infracções relativas à direcção e à administração de estas sociedades, relativas às assembleias de accionistas, sobre a modificação do capital social, quanto à dissolução da sociedade e outras infracções respeitantes aos diversos tipos societários¹⁴⁵, acompanhando a vida societária desde a sua constituição até ao momento da sua dissolução, como é tradição no ordenamento jurídico francês¹⁴⁶.

Em contraposição e com um modelo oposto, como já pudemos salientar, o direito penal societário no ordenamento jurídico alemão caracteriza-se pela previsão de um número reduzido de ilícitos-típicos, que assumem uma natureza subsidiária face às criminalizações comuns, não visando um tratamento exaustivo e esgotante da vida societária¹⁴⁷.

Em 11 de Junho de 1870, surge, na Confederação da Alemanha do Norte, posteriormente englobada no Império Alemão em 1871, a primeira previsão de infracções penais com a Emenda à Lei das Sociedades por Acções, punindo a falsificação ou ocultação de balanços e a omissão de avisos sobre o excesso de dívidas societárias. Contudo, esta tutela jurídico-penal foi manifestamente insuficiente, visto ter sido procedida

¹⁴⁴ SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 5, volume 9, 2013, p. 120.

¹⁴⁵ O regime jurídico do Direito Penal Societário reflecte, grandemente, a disciplina jurídica e o funcionamento de cada um dos tipos societário. Em vez de um regime jurídico generalista que abrange todos os tipos societários, existe uma profunda articulação entre as necessidades de política económica de cada um dos tipos societários e o conseqüente regime jurídico-penalista previsto.

¹⁴⁶ Para um estudo do direito penal societário no ordenamento jurídico francês e as respectivas referências bibliográficas, vide: CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, *ob. cit.*, p. 206; MENDES, Paulo de Sousa, *Título VII – Disposições penais e de mera ordenação social*, in: *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, coord. António Menezes Cordeiro, 2ª edição (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2012, p. 1336; SOUSA, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, *ob. cit.*, pp. 62-63; SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, *ob. cit.*, pp. 119-120.

¹⁴⁷ Vide: SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, *ob. cit.*, p. 120.

de um grave período de crise nas sociedades por acções devido às actuações ilícitas dos seus administradores, o que justificou a amplitude de tal tutela mediante a aprovação da Lei das Sociedades em Comandita por Acções e das Sociedades Anónimas, de 18 de Julho de 1884, e pela Lei da Bolsa, em que se destacaram os delitos de infidelidade comercial, a emissão de acções e os aumentos de capital fraudulentos e a negociação de acções. Com excepção deste último, incluído na Lei da Bolsa, os restantes delitos societários foram integrados no HGB de 10 de Maio de 1897. Posteriormente, este regime jurídico sofreu algumas modificações, sendo, nomeadamente, complementado com infracções relativas à violação do dever de relatar e a punição penal do dever de guardar segredo da empresa ou do negócio. Em 30 de Janeiro de 1937, estas disposições penais foram incluídas na Lei das Sociedades por Acções (AktG), mas com a previsão de um quadro sancionatório mais gravoso¹⁴⁸.

Em 1965, surge um novo *aktiengesetz*, uma nova lei das sociedades por acções, onde se incluem as sanções penais para a violação de regras societárias, com algumas alterações, designadamente o desaparecimento, por supérfluo, do crime de infidelidade comercial. Novas alterações, em grande parte, justificadas pela necessidade de transposição das directivas comunitárias que tinham, entretanto, sido aprovadas. As disposições penais que sancionavam penalmente os deveres de divulgação e de exame de relatórios e contas foram acolhidas no *HGB (handelsgesetzbuch)* e, devido à tendência de descriminalização, algumas criminalizações foram abolidas. Aquele movimento deveu-se ao grande relevo atribuído ao direito de mera ordenação social, consagrando contra-ordenações que incluem ilícitos praticados no âmbito da vida societária, e relegando o direito penal, como ramo de tutela subsidiária, a sancionar exclusivamente as falsas declarações, a prestação de informações falsas, as infracções dos deveres em caso de prejuízos, excesso de dívidas e falência, falsificação de certificados de modo a fraudar o voto na assembleia societária, a infracção da obrigação de relatar e a infracção do dever de guardar segredo. Na realidade, é a relevância atribuída ao direito de mera ordenação social e não uma distinção de política criminal, que fundamenta as diferenças estruturais do modelo do ordenamento jurídico francês e do ordenamento jurídico alemão, que, simplesmente, preferiu o recurso a contra-ordenações para punir condutas que, apesar de não justificarem a imposição de uma pena,

¹⁴⁸ MENDES, Paulo de Sousa, *Título VII – Disposições penais e de mera ordenação social*, *ob. cit.*, 2012, p. 1337.

só são eficazmente prevenidas com recurso a sanções não exclusivamente privatísticas¹⁴⁹
150.

O legislador italiano previu um sistema dualístico integrado por uma série de delitos societários, os *reati societari*, e de contravenções, compreendidos, na sua generalidade no Livro V do *Codice Civile* de 1942 (artigos 2621º a 2635º). Todavia, estes artigos sofreram uma importantíssima reforma com o Decreto Legislativo nº 61, de 11 de Abril de 2002, que entre as diversas modificações, optou por descriminalizar certas condutas com base no princípio da ofensividade e da subsidiariedade da intervenção penal. As alterações introduzidas no ordenamento jurídico por este diploma legislativo provocaram alguma polémica, catapultando-se o direito penal societário para um dos primeiros planos de debate jurídico e político, em grande parte, devido à alteração dos elementos típicos do crime de falsas comunicações sociais, que passou a ser crime de natureza semi-pública caso provoque danos aos sócios ou aos credores sociais, sendo que nos demais casos a conduta constitui uma mera contravenção. O novo regime do *falso in balancio*, como comumente designado, é espelho da reforma introduzida, caracterizável pela redefinição dos elementos típicos de modo a que o ilícito-típico tenha uma feição de dano patrimonial¹⁵¹.

Diferentemente, e como tal merecendo um local de destaque, o legislador espanhol optou por integrar os delitos societários nos artigos 290º a 297º do CP, incluindo-os no Título XIII dos crimes contra o património e contra a ordem socioeconómica. As condutas tipificadas nestes artigos correspondem a comportamentos danosos dos administradores e dirigentes no exercício da administração da empresa, designadamente a falsificação de documentos societários (artigo 290º), a imposição de acordos abusivos (artigo 291º), a imposição ou aproveitamento de um acordo lesivo adoptado por uma maioria fictícia

¹⁴⁹ Neste sentido, vide: CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, ob. cit., p. 207.

¹⁵⁰ Para um estudo do direito penal societário no ordenamento jurídico alemão e as respectivas referências bibliográficas, vide: CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, ob. cit., pp. 206-207; MENDES, Paulo de Sousa, *Título VII – Disposições penais e de mera ordenação social*, ob. cit., p. 1337; SOUSA, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, ob. cit., pp. 65-66; SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., pp. 120-121.

¹⁵¹ Para um estudo do direito penal societário no ordenamento jurídico italiano e as respectivas referências bibliográficas, vide: CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, ob. cit., p. 207; MENDES, Paulo de Sousa, *Título VII – Disposições penais e de mera ordenação social*, ob. cit., p. 1338; SOUSA, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, ob. cit., pp. 64-65; SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., pp. 121-122.

(artigo 292º), a negação ou o impedimento de um sócio exercer os seus direitos de informação, participar na gestão ou controlo da actividade societária ou de subscrever preferencialmente acções societárias (artigo 293º), a negação ou o impedimento da actuação de pessoas, órgãos ou entidades inspectoras ou supervisoras (artigo 294º), a disposição fraudulenta de bens societários ou a constituição de obrigações societárias que impliquem um prejuízo económico (artigo 295º)¹⁵².

A adopção de tais preceitos não foi feita sem crítica, inclusive na existência de alguma precipitação na aprovação do CP sem a necessária e imprescindível reflexão inerente. É deveras interessante verificar que as críticas efectuadas no nosso ordenamento jurídico ao direito penal societário, actualmente, encontram-se espelhadas em outros ordenamentos jurídicos europeus. Veja-se, a título exemplificativo, a doutrina espanhola que indica claramente que: “la inclusión de algunos dichos comportamientos en el elenco de las acciones punibles resulta altamente criticable. Para ello no es necesario recurrir al principio de intervención mínima que debe caracterizar la materia penal, sino que basta con constatar que se trata de comportamientos ya regulados en el ámbito mercantil, ofreciendo este sector del ordenamiento repuestas eficaces para prevenir dichas acciones”. Acrescentam ainda que, por um outro lado, “resulta sorprendente que el legislador no haya incorporado al campo penal comportamientos que en el campo mercantil se consideran merecedores de una repuesta penal por la gravedad que entrañan para la vida de la sociedad o la perturbación que producen en el ámbito mercantil”¹⁵³.

2. A sistematização e codificação do Direito Penal Societário

Como visível no estudo de Direito Comparado supra efectuado, designadamente os ordenamentos jurídicos francês, italiano e germano, preferencialmente o legislador optou, predominantemente, por acolher os ilícitos-típicos societários na codificação do direito societário. A mesma opção foi seguida em Portugal, contudo, tal inclusão das disposições penais e de mera ordenação social no CSC, num código de Direito Privado, é controversa.

¹⁵² Para um estudo do direito penal societário no ordenamento jurídico espanhol e as respectivas referências bibliográficas, vide: CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, ob. cit., p. 207; SOUSA, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, ob. cit., pp. 61-62; SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., p. 122.

¹⁵³ GONZALEZ, Carlos Suarez, *Capítulo XIII – De los delitos societários*, in: *Comentarios al Código Penal*, dir. Gonzalo Rodriguez Mourullo, coord. Augustin Jorge Barreiro, Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 833.

Na realidade, o legislador possuía mais duas opções: a criação de uma lei extravagante em que constasse tal regime específico ou a inserção deste regime no próprio CP, como sucede no ordenamento jurídico espanhol. Ora, esta última possibilidade não foi tida em consideração pelo legislador português. Todavia, o mesmo já não poderá ser dito relativamente à criação do diploma extravagante, visto que a leitura do n.º 35 do preâmbulo do DL 262/86, que remetia para um diploma especial dava a entender que essa seria mesmo a intenção do legislador¹⁵⁴.

O DL 184/87 surgiu não como um diploma especial, mas incluindo o Título VII no CSC¹⁵⁵. Escolha que apresenta uma vantagem clara: a facilitação da consulta da matéria face à proximidade das normas de disciplina societária que se pretende tutelar. Contudo, como a doutrina¹⁵⁶ tem salientado, é igualmente alvo de críticas e reservas, nomeadamente o facto de a junção ter uma função meramente compilatória, juntando matéria penal e civil a título experimental num Código de relevo, de uso corrente e abrangente, sem o necessário aperfeiçoamento da coexistência de ramos tão distintos em um mesmo instrumento jurídico. Do ponto de vista penalista, tal opção é, igualmente, inadequada, visto recortar a conduta ilícito-criminal mediante o reenvio para a disciplina jurídica societária, obstaculizando a correcta interpretação e concretização da conduta criminal face às dificuldades de determinação concreto-material da conduta criminalizada, com definitivo prejuízo do princípio da legalidade na sua dimensão da certeza e determinabilidade da conduta penal¹⁵⁷. António Menezes Cordeiro é, claríssimo, na

¹⁵⁴ Neste sentido, vide: MENDES, Paulo de Sousa, *Título VII – Disposições penais e de mera ordenação social*, ob. cit., p. 1335; SOUSA, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, ob. cit., p. 67; SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., p. 117.

¹⁵⁵ O desfasamento entre a publicação do DL n.º 184/87, de 21 de Abril e o CSC publicado em 1986 deveu-se, efectivamente e como já anteriormente referido, a motivos circunstanciais de inexistência de autorização legislativa. Este desfasamento foi explicado pelo Ministro da Justiça da altura, Mário Raposo, sendo que a intenção do Governo foi sempre a de unidade material (prova disso mesmo é a sua previsão já no projecto de Código Comercial).

¹⁵⁶ Vide: CORDEIRO, António Menezes, *Introdução*, in: *Código das Sociedades Comerciais* Anotado, coord. António Menezes Cordeiro, 2ª edição (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2012, p. 54, SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., p. 118.

¹⁵⁷ Para a prossecução da tarefa de interpretar os crimes societários é necessário, *a priori*, indagar sobre se os conceitos de direito comercial societário contidos no ilícito-típico são interpretados de acordo com o predisposto na disciplina jurídica societária ou se o direito penal está legitimado a construir os seus próprios conceitos. Ora, não é defensável relegar o direito penal societário a um mero complemento da disciplina societária, aquele ramo é autónomo e como tal modifica e reelabora conceitos de acordo e em função das suas exigências e finalidades, sem, contudo, entrar em contradições injustificáveis. Vide: FERNANDES, Gabriela Páris, *O crime de distribuição ilícita de bens da sociedade*, ob. cit., pp. 241-243.

exposição da sua opinião: “Em suma: a Parte VII, relativa a disposições penais e de mera ordenação social, devia constar de um diploma extravagante”¹⁵⁸.

Contudo, essa não foi a opção legislativa seguida, sendo que os crimes societários estão consagrados nos artigos 509º a 527º do CSC, sendo que não são crimes da sociedade, mas de pessoas singulares, do gerente ou administrador da sociedade como as pessoas responsáveis pela actuação da empresa societária em conformidade com a lei. Estes crimes punem, portanto, a violação dos deveres impostos aos agentes do crime pelo CSC.

O Título VII do CSC limita-se, maioritariamente, a consagrar os tipos de crime e de contra-ordenação, não prevendo grandes desvios aos regimes gerais do direito penal ou do direito de mera ordenação social. Assim, enumerando os crimes societários previstos, recorrendo a grupos com a mera intenção de facilitar a sua percepção¹⁵⁹, em primeiro lugar destaca-se os crimes relacionados com a realização e preservação do capital social e património social: a falta de cobrança de entradas de capital previsto no artigo 509º e a distribuição ilícita de bens da sociedade do artigo 514º. Num segundo grupo, os crimes relacionados com a aquisição e amortização de quotas ou acções: a aquisição ilícita de quotas ou acções (artigo 510º), a amortização de quota não deliberada (artigo 511º), a amortização ilícita de quota dada em penhor ou que seja objecto de usufruto (artigo 512º), outras infracções previstas no artigo 513º e as irregularidades na emissão de títulos (artigo 526.º).

Um terceiro grupo de incriminações tem como objecto a tutela do regime jurídico das assembleias sociais, como a irregularidade na convocação de assembleias sociais (artigo 515.º), a perturbação de assembleia social (artigo 516.º), a participação fraudulenta em assembleia social (artigo 517º), convocatória enganosa (artigo 520º) e a recusa ilícita de lavrar acta (artigo 521º)¹⁶⁰. Outro grupo conexas-se com o dever de prestar informações

¹⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Introdução, ob. cit.*, p. 54

¹⁵⁹ Seguindo-se de perto os ensinamentos de Susana Aires de Sousa: SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais, ob. cit.*, pp. 118-119.

¹⁶⁰ Denote-se que apesar de partirmos da concepção da responsabilidade do administrador ou dirigente empresarial, por ser esse mesmo o tema de abrangência do presente estudo, contrariamente a outros crimes societários que no seu tipo prevêem expressamente a expressão “gerente ou administrador de sociedade”, nos tipos ilícitos conectados com a assembleia societária e com as informações, tal expressão é substituída por “aquele”, presumindo-se então a possibilidade de outros agentes do crime, que não administradores. Vejamos o artigo 517º a mero título exemplificativo: este prevê a punição de “aquele que, em assembleia geral de sócios, assembleia especial de accionistas ou assembleia de obrigacionistas, se apresentar falsamente como titular de acções, quotas, partes sociais ou obrigações, ou como investido de poderes de representação dos

da sociedade, sendo composto pelo artigo 518.º sobre a recusa ilícita de informações, pelo artigo 519º sobre informações falsas e pelo artigo 522 sobre o impedimento de fiscalização. Por último, o artigo 523.º que consagra a punição criminal da violação do dever de propor dissolução da sociedade ou redução do capital¹⁶¹.

3. O bem jurídico tutelado pelas incriminações: um estudo de diferentes posições doutrinárias

O preâmbulo do CP, ponto 18, alerta que “a comunidade politicamente organizada eleva determinados valores à categoria de bens jurídico-penais. Nem todos os interesses colectivos são penalmente tutelados, nem todas as condutas socialmente danosas são criminalmente sancionadas. É por isso que fundamentalmente se fala do carácter necessariamente fragmentário do direito penal”. Nos tempos hodiernos, a função atribuída ao direito penal é indelutavelmente a de tutela subsidiária de bens jurídicos que se revelam dignos e necessitados de pena. O direito penal é orientado por princípios clássicos, como o da dignidade penal, da subsidiariedade e da intervenção mínima, intervindo no ordenamento para prevenir a ocorrência de danos quando a utilização de um qualquer outro meio não é concebido como suficiente.

A noção de bem jurídico-penal surge como a chave que permite legitimar a intervenção do *ius puniendi*, delineando aquilo que pode ou não ser criminalizado. O emprego de tal noção permite que se distinga e se perceba, no respeitante aos concretos tipos legais de crime, o acessório do essencial. Na realidade, somente as condutas que provocam ataques intoleráveis aos bens jurídicos podem ser criminalizadas, tendo, no mínimo, que existir um perigo de lesão de tal bem para que a intervenção estadual seja legítima. A intervenção do

respectivos titulares, e nessa falsidade votar, será punido”, ora, de tal dispositivo normativo se concebe que um agente deste crime pode não possuir a qualidade de administrador ou dirigente empresarial.

¹⁶¹ Os artigos 524º do abuso de informações e o artigo 525º sobre manipulação fraudulenta de cotações de títulos foram revogados pelo DL nº 142-A/91, de 10 de Abril, que aprovou o CMV. O ponto 24 do preâmbulo deste DL explica essa revogação, inferindo que “alguns ilícitos se salientavam, a carecer de um tratamento especial, com tipificação mais adequada e penalização bem mais forte do que as resultantes da legislação em vigor”, sendo esse o caso do abuso de informação e o da manipulação do mercado, previstos hoje nos artigos 378º e 379º do CMV, sendo punidos, no máximo, com uma pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa.

direito penal deverá limitar-se a um mínimo imprescindível à defesa e satisfação das necessidades básicas da vida humana em sociedade.

Neste sentido, o legislador não tem qualquer legitimidade para punir condutas meramente contrárias, nomeadamente, a concepções moralistas. Ao Estado, pela mão do legislador, exige-se uma actuação neutra, sem realizar juízos de valores incompatíveis com a desejada tolerância social duma sociedade global caracterizada pela difusão de inúmeras formas de conceber a vida e o ser humano. O bem jurídico é, e recorrendo às doutas palavras de Figueiredo Dias, “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”¹⁶².

Todavia, o legislador não tem acesso a um catálogo de bens jurídicos pré-determinados, logo, é necessário estabelecer alguns critérios que nos permitam identificar aqueles. Nessa escolha, a CRP, compreendida no seu sentido material como conjunto de normas e princípios definidores do nosso ordenamento jurídico, possui um papel predominante, pois, pode e deve ser utilizada como base valorativa pelo legislador penal. O bem jurídico digno existe apenas enquanto reflexo de um valor jurídico-constitucionalmente consagrado. No âmbito do direito penal económico, tal referência constitucional tem que ser encontrada na parte relativa aos direitos e deveres económicos, reportando-se a uma determinada organização económica, e sociais, sem, contudo, ignorar que os valores constitucionalmente consagrados na CRP podem estar desactualizados e não coincidir com o espírito da comunidade em determinado tempo, pois as valorações presentes no texto constitucional são historicamente datadas.

Para além da exigência da existência de dano, as incriminações têm necessariamente que corresponder a um sentimento de censura dominante da comunidade. Caso isto não suceda, são dois os resultados previsíveis: a não aplicação da pena por cair em desuso a norma incriminadora ou, alternativamente, as penas são aplicadas, mas correspondem a sentimentos de violência legislativa por parte da comunidade. A verificação de unanimidade na censura social a determinada conduta nem sempre é fácil, o que ganha especiais contornos em matéria de criminalidade económica e, em especial, no direito penal societário, que tutelam, generalizadamente, bens e interesses jurídicos supra-

¹⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral*, Tomo 1: *questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, ob. cit., p. 114.

individuais¹⁶³, em que os sujeitos não se sentem directa e concretamente os danos provocados, sendo meros ofendidos abstractos e distantes. Os sujeitos da norma criminal não se sentem como “beneficiários da incriminação (mas antes como perseguidos por ela) e, conseqüentemente, também não como vítimas. Tendem, portanto, a desinteressar-se da punição e da sua eficácia”¹⁶⁴, sendo que quando tem consciência da sua condição de vítima estará, manifestamente, mais interessada numa reparação económica do que na prossecução de um processo criminal.

Contudo, o legislador não desconsiderou a necessária correspondência entre as criminalizações e o sentimento comunitário de reprovação às condutas puníveis. O preâmbulo do DL n.º 184/87, de 21 de Abril denota essa mesma preocupação, ao sustentar que a adopção do Direito Penal Societário no nosso ordenamento jurídico foi auto-limitada, sendo necessário respeitar certas restrições, visto ser indispensável “aguardar a condensação no tecido social de critérios de conduta mais reconhecíveis pela generalidade dos agentes económicos”¹⁶⁵. A função do direito penal não é de introdução de normas primárias, mas a de punição de comportamentos cuja ilicitude e reprovação sejam já acolhidas pela generalidade dos destinatários normativos, sendo, por vezes, necessário aguardar o amadurecimento dos sentimentos de reprovação e censura comunitária que surgem de modo espontâneo e generalizado. Isto não invalida o facto de o sistema penal societário dever punir as condutas que assumiu criminalizar, e, até, de recorrer a penas mais graves, pois o facto de ainda não existir uma consciência correctamente formada, não deve impedir este sub-ramo de promover novos valores contribuindo para o crescimento de uma consciência ética.

¹⁶³ O desenvolvimento da sociedade de risco significou a propagação de perigos que fogem à previsibilidade e ao controlo humano, sendo que os bens jurídicos classicamente consagrados são insuficientes para fazer face aos novos desafios. Confrontada com esta problemática, alguma doutrina defendeu a necessidade de adoptar um novo paradigma penal. Todavia, tal posição não foi unanimemente aceite, entendendo outros autores que os novos riscos podem ser tutelados sem ser necessário recorrer a uma reforma radical do paradigma penal, sendo imprescindível determinar quais os bens jurídicos em causa e se esses bens mantêm a aptidão para servir de critério de controlo à actuação do legislador. E na resposta à primeira questão surgem duas teorias distintas: uma que concebe o bem jurídico como supra-individual mas mantendo uma referência pessoal e outra que opta por autonomizar os bens jurídicos supra-individuais, ambas assumindo esses bens jurídicos como aptos a ser utilizados como critério e padrão legitimador. Para um maior desenvolvimento deste tema, consulte: SOUSA, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, *ob. cit.*, pp. 54 e ss.

¹⁶⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal*, in: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume II: problemas especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 482.

¹⁶⁵ Ponto 4 do preâmbulo do DL n.º 184/87.

Assim sendo, os comportamentos incriminados nos CSC têm subjacente uma danosidade social que o legislador considerou merecedor de tutela jurídico-penal. Com efeito, a violação das regras que disciplinam a vida jurídica societária podem conduzir à lesão de bens jurídicos dignos de tutela penal, justificando-se, assim, a tutela que lhes é dispensada. Mas de que bem jurídico nos estamos a referir? É o que pretendemos determinar, mediante uma pequena incursão nas várias posições doutrinárias existentes, sem nunca esquecer que “o emprego da categoria do bem jurídico permitiu que se passasse a perceber e a distinguir, nomeadamente no que toca aos concretos tipos legais de crime, o acessório do essencial”¹⁶⁶, consistindo num método de controlo crítico da actuação do legislador ordinário.

Ora, antes de indagarmos sobre a resposta à questão supra mencionada no ordenamento jurídico português, impõe-se, de um modo breve e fugidio, aludir à teoria dominante em distintos ordenamentos jurídicos europeus. Mormente, no ordenamento jurídico francês sobressai a intenção de proteger todos aqueles que poderiam ser afectados com um mau desempenho societário, desde a criação à dissolução da sociedade, sem ignorar, obviamente, os perigos de uma má gestão. Na Alemanha, a doutrina maioritária aponta o regular funcionamento do mercado e a defesa da economia pública como bem jurídico tutelado. Por sua vez, na ordem jurídica italiana, a doutrina defende que os *reati societari* procuravam asseverar a correcta administração da sociedade e preservar o interesse colectivo da economia pública, uma vez que os abusos no âmbito das sociedades poderia causar danos a uma multiplicidade de pessoas e afectar de modo grave a economia do país, todavia, estes não são os únicos bens jurídicos considerados, destacando-se, igualmente, o património, seja este da sociedade, dos sócios ou dos credores, optando-se, assim, por uma faceta patrimonial da lesão causada por estes delitos. Por último, no direito espanhol, as opiniões doutrinárias divergem: se por um lado, há quem defenda que as normas jurídicas em causa tutelam os interesses da sociedade, dos sócios e dos terceiros, por outro, há quem entenda que o foco consiste na defesa da integridade da ordem económica; a estas duas

¹⁶⁶ COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis): introdução, a doutrina geral da infracção [a ordenação fundamental da conduta (facto) punível; a conduta típica (o tipo); a conduta ilícita (o ilícito)]*, ob. cit., p. 165.

acrescenta-se uma nova doutrina que entende que o bem jurídico tutelado assenta na sociedade mercantil como figura jurídica à disposição do capital¹⁶⁷.

Retornando ao direito penal societário português, um primeiro e breve olhar sobre os crimes societários poderia resultar na defesa de que o bem jurídico tutelado seria o património. Afinal, estão inseridos no âmbito económico, no mundo dos negócios, em que o principal enfoque é o património, seja da sociedade, seja dos sócios ou de terceiros que desenvolvam relações negociais com aquela. Ora, se bem atentarmos aos dispositivos normativos constantes do Título VII do CSC, um grande ênfase é atribuído à realização e conservação do capital social, sendo os primeiros crimes previstos no CSC, o que corresponderia a uma tutela do património dos credores da sociedade e dos sócios, assegurando o património da sociedade. Ora, esta posição não é aceite pela maioria doutrinária, muito pelo contrário, que, semelhantemente, ao que sucede no direito penal económico encontra o bem jurídico numa dimensão supra-individual.

Nomeadamente, para Germano Marques da Silva “o bem jurídico comum a todos os crimes do Tit. VII, é economia pública que pode ser gravemente afectada pelo irregular funcionamento das entidades admitidas a actuar no mundo do direito com autonomia, como pessoas jurídicas, e que são na sociedade moderna elementos estruturais da actividade económica”¹⁶⁸. Fundamenta a sua tese na relevância que atribui ao facto de os primeiros artigos visarem a realização e conservação do capital societário que, como garantia geral dos credores e dos interesses patrimoniais dos sócios, realiza inúmeros interesses, principalmente o interesse da economia nacional na manutenção da capacidade patrimonial societária para efectuar o seu objecto social, visto o importante papel das sociedades no desempenho da economia de mercado. Do mesmo modo, defende que apesar das normas societárias que tutelam o correcto e transparente funcionamento da sociedade protegerem, num primeiro plano, os interesses da sociedade e dos sócios, não deixa de proteger os credores e a economia nacional. A esta perspectiva criminal adere Gabriela

¹⁶⁷ Vide: CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, ob. cit., p. 218, FERNANDES, Gabriela Páris, *O crime de distribuição ilícita de bens da sociedade*, ob. cit., pp. 245 e ss.; SOUSA, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, ob. cit., pp. 61 ss..

¹⁶⁸ SILVA, Germano Marques da, *Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – considerações gerais*, in: *Textos – Sociedades Comerciais, 1994/1995*, Centro de Estudos Judiciários e Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, p. 45.

Páris Fernandes, referindo que a natureza pública dos crimes societários¹⁶⁹ só é admissível se se defender a economia pública como bem jurídico tutelado.

Do mesmo modo, Paulo de Sousa Mendes defende que o bem jurídico supra-individual comum a todas as incriminações consagradas no CSC é a economia pública, isto é, a ordem socioeconómica, visto que tudo o que respeita a uma empresa privada tem repercussões públicas, devendo, portanto, o Estado incentivar a actividade empresarial como consagrado no artigo 86º, nº 1 da CRP¹⁷⁰. Na opinião deste autor, as sociedades comerciais têm uma relevância na vida económica e social do país que ultrapassa os interesses dos inúmeros grupos conectados com o sucesso daquelas.

Distintamente, J. M. Merêa Pizarro Beleza parece defender que os interesses tutelados pelos crimes societários possuem uma natureza individual, consistindo nos “interesses particulares dos diferentes grupos ligados à sorte da empresa (accionistas, terceiros, credores, trabalhadores assalariados, «quadros», etc.)”¹⁷¹. Recorrer-se-ia, portanto, à ameaça da aplicação de sanções penais para prevenir a verificação de danos concretos, resultantes de condutas violadoras da disciplina jurídica societária, nos diferentes grupos de interesses. Concretamente, os crimes relacionados com a realização e preservação do capital social e património social são formas de protecção dos accionistas ou terceiros, que seriam prejudicados com determinadas acções efectuadas pela empresa societária.

Para Susana Aires de Sousa, todas as incriminações possuem em comum o mesmo bem jurídico supra-individual: a sociedade enquanto instrumento económico, afastando a sociedade enquanto instituição ou entidade, mas protegendo “o correcto funcionamento da sociedade enquanto centro aglomerador de diferentes interesses económicos e enquanto instrumento capaz de intervir na economia pública”¹⁷². A legitimidade constitucional deste bem jurídico supra-individual ou colectivo está plasmada no artigo 86º, nº 1 da CRP ao determinar que o “Estado incentiva a actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral”. Neste

¹⁶⁹ A natureza pública dos crimes societários será alvo de estudo nesta dissertação, em concreto no ponto 6 do presente capítulo.

¹⁷⁰ MENDES, Paulo de Sousa, *Título VII – Disposições penais e de mera ordenação social*, ob. cit., p. 1339.

¹⁷¹ BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro, *Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais*, ob. cit., p. 286.

¹⁷² SOUSA, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, ob. cit., p. 68.

sentido, tutela-se a sociedade enquanto instituto de organização económica, prevenindo a realização de condutas abusivas mediante o recurso à figura jurídica societária. Ainda segundo a mesma autora, a protecção de interesses individuais que se relacionam com a sociedade comercial, nomeadamente os interesses dos credores, dos sócios, dos accionistas e de terceiros, assim como, a economia, seriam protegidos, igualmente, mas de modo mediato¹⁷³.

Ora, a opção por este bem jurídico colectivo justifica-se pelo facto de possuir uma maior concretização e delimitação do que a economia pública. Este último ao ser excessivamente vago, dificilmente pode cumprir a função de critério orientador e legitimador das incriminações societárias, inapto a diferenciar os comportamentos necessitados de protecção penal das condutas inofensivas que serão melhor tuteladas recorrendo a um outro ramo jurídico. A determinação da economia como bem jurídico tutelado conduz a “uma excessiva antecipação da tutela penal uma vez que se trata de um bem jurídico demasiado vago, esventrado de materialidade e de evanescente tangibilidade”¹⁷⁴. Ademais, é dúbia a existência de um verdadeiro dano causado pela violação de uma incriminação societária à organização económica, já que nesta dificilmente se verifica uma verdadeira experiência de perda¹⁷⁵.

Para além disso, a autora analisando os vários crimes societários previstos indica que só o bem jurídico que expôs permite compreender as diferentes incriminações, nomeadamente a irregularidade na convocação (artigo 515º), a perturbação (artigo 516º), e a participação fraudulenta nas assembleias sociais (artigo 517º), bem como a recusa ilícita de informações (artigo 518º), a prestação de informações falsas (artigo 519º), a convocatória enganosa (artigo 520) ou a recusa ilícita de lavrar acta (artigo 521º). Ademais, esta compreensão do bem jurídico possibilita a aplicação das infracções criminais previstas aos vários tipos societários consagrados no CSC, indiferentemente à sua dimensão e capacidade económica, apesar de admitir que o seu âmbito de eleição é a sociedade anónima.

¹⁷³ DOMINGUES, Paulo de Tarso, SOUSA, Susana Aires de, *Os crimes societários: algumas reflexões a propósito dos artigos 509.º a 526.º do Código das Sociedades Comerciais*, in: *Infracções económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, coord. José Neves Cruz, Carla Cardoso, André Lamas Leite e Rita Faria, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 512.

¹⁷⁴ SOUSA, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, *ob. cit.*, p. 70.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 70.

Paulo de Sousa Mendes critica absolutamente esta última posição ao referir que “não nos podemos esquecer de que o bom funcionamento das sociedades comerciais e a sua transparência não têm valor por si mesmos, mas só em função da economia pública e dos diversos interesses patrimoniais ligados às sociedades comerciais em causa”¹⁷⁶.

Por último, para José Tomé de Carvalho “o delito económico é a infracção que lesiona ou põe em perigo a ordem económica entendida como regulação jurídica da intervenção estatal na economia de um país”, indicando ainda que apenas considerando o comportamento proibido em concreto é possível identificar e concretizar o bem jurídico, sob pena de a criminalização ser “meramente artificial” e “erigida em padrões de abstracção e de tecnicidade”¹⁷⁷. Assim sendo, e ainda na posição doutrinária deste autor, nos artigos 509º, 511º, 513º e 514º CSC a intenção do legislador é garantir a integridade do capital social; nos artigos 510º e 512º¹⁷⁸ é a fidelidade da actuação dos órgãos sociais que impera; o artigo 516º versa sobre o regular funcionamento da sociedade; o artigo 519º a defesa da veracidade das informações sociais; e, por fim, nos artigos 523º e 526º a defesa de outros interesses dos credores e dos sócios¹⁷⁹.

Ora, e tomando posição relativamente a tudo o que anteriormente foi indicado, parece-nos que o entendimento do bem jurídico tutelado como individual não é aceitável. Na realidade, não se afasta o facto de mediatamente os crimes societários protegerem os interesses dos trabalhadores, dos fornecedores, dos credores sociais, dos sócios e, portanto, daqueles que se relacionam com a sociedade comercial. Contudo, a tutela visada transcende os interesses patrimoniais individuais daqueles sujeitos, considerando o papel desempenhado pelas sociedades comerciais na economia pública do país. Assim, como se retira da última afirmação, desconsideramos, igualmente, a posição que defende como bem jurídico a economia pública, no seguimento das críticas apresentadas por Susana Aires de Sousa a que já fizemos referência. Tudo visto e ponderado, é efectivamente à posição desta autora que aderimos, entendendo que existe um bem jurídico comum a todos os crimes societários previstos: o bom funcionamento da sociedade comercial enquanto centro em

¹⁷⁶ MENDES, Paulo de Sousa, *Título VII – Disposições penais e de mera ordenação social*, *ob. cit.*, p. 1339, n.º 39.

¹⁷⁷ CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, *ob. cit.*, p. 220.

¹⁷⁸ Por lapso de escrita, o autor repete o artigo 514º duas vezes, contudo por questões lógicas e considerando o bem jurídico que indica ser tutelado, pensamos que, na realidade, queria mencionar o artigo 512º do CSC.

¹⁷⁹ CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, *ob. cit.*, p. 220.

que se relacionam diversos interesses económicos e enquanto instrumento jurídico que intervém na economia pública.

Determinado o bem jurídico tutelado, é necessário indagar sobre se todos os comportamentos previstos no CSC necessitam de tutela penal, tendo em consideração o princípio do direito penal como *ultima ratio*. Em parte, a resposta a tal questão está conectada com a problemática de saber se a sanção penal é ou não a mais adequada para a protecção de determinado interesse jurídico ou se basta a aplicação de uma sanção de distinta natureza, resumindo-se, neste caso, à escolha da sanção mais adequada¹⁸⁰.

Na procura pelo meio sancionatório mais adequado surge o direito de mera ordenação social que se caracteriza como alternativa viável em alguns casos. Efectivamente, a sanção pecuniária inerente àquele pode atingir proporções de elevada gravidade objectiva e, assim, garantir o desejado efeito preventivo e o sentido repressivo da reacção jurídica, sem rotular o comportamento como crime, nem o seu agente como criminoso, poupando estes ao indesejado estigma social inerente a um processo penal. A escolha pela contra-ordenação é, como vimos, natural em alguns ordenamentos jurídicos, nomeadamente no direito alemão.

Muitos dos comportamentos abusivos desenvolvidos no quadro de uma sociedade comercial podem encaixar-se no direito de mera ordenação social, relegando o direito penal como meio de intervenção de último recurso, guiado pelo princípio da fragmentariedade, como está na sua natureza ser, garantindo exclusivamente o correcto funcionamento da sociedade enquanto instrumento económico e, portanto, com um âmbito limitado pelos fins determinados por esse bem jurídico e o correspondente modelo económico, recorrendo exclusivamente aos meios necessários para a sua realização. Protótipo da desnecessidade de intervenção penal é, para nós, o artigo 520º que prevê a convocatória enganosa e o artigo 521º que consagra a recusa ilícita de lavrar acta¹⁸¹, que poderiam perfeitamente ser acautelados pelo direito de mera ordenação social¹⁸².

¹⁸⁰ Denote-se que a opção pela descriminalização de determinado comportamento não impede a sociedade, caso tenha legitimidade, para, enquanto lesada, deduzir pedido de indemnização cível contra os administradores, sendo que tal pedido pode ser, igualmente, realizado no processo crime, por força do artigo 71º e ss do CPP.

¹⁸¹ DOMINGUES, Paulo de Tarso, SOUSA, Susana Aires de, *Os crimes societários: algumas reflexões a propósito dos artigos 509.º a 526.º do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., p. 513.

¹⁸² Do projecto do Código das Sociedades de 1983, o artigo 520º era, de certo modo, previsto como uma contra-ordenação no artigo 504º, nº 2 relativo à falta de preparação das assembleias, enquanto que quanto à redacção da acta previa-se uma contra-ordenação e um crime no artigo 506º, nº 1 e 2.

4. Considerações de ordem geral: os princípios comuns dos crimes societários (artigo 527º do CSC)

A responsabilização penal em matéria de crimes societários encontra-se regulada por alguns princípios comuns consagrados no artigo 527º do CSC, que tem como epígrafe esclarecedora “princípios comuns”. A análise deste artigo é de extrema relevância no âmbito do estudo presente, visto a responsabilização penal do administrador empresarial se encontrar dependente deles.

No seu número 1, o artigo 527º dispõe que “os factos descritos nos artigos anteriores só serão puníveis quando cometidos com dolo”, sendo que “o dolo de benefício próprio, ou de benefício de cônjuge, parente ou afim até ao 3º grau” são, sempre, considerados como circunstância modificativa agravante (n.º 3). Desta forma, os crimes previstos no Código das Sociedades Comerciais só são puníveis quando praticados com dolo, exigindo-se que a vontade do agente se dirija à realização integral do tipo, excluindo a punição por negligência. Em todos os crimes previstos no Título VII do CSC, a sua punição depende do conhecimento e da vontade de praticar o comportamento tipificado, nos termos do artigo 14º do CP.

A alegação do desconhecimento da ilicitude da conduta pelo dirigente empresarial não poderá ser tida em consideração, sendo, em regra, alvo de censura. Aos administradores é exigido, tendo em consideração a posição funcional que desempenham, informar-se sobre os deveres inerentes a esse cargo, especialmente quando esses deveres resultam de tipos legais. O desconhecimento de tais disposições normativas por parte do administrador ou dirigente empresarial não é aceitável, nem desculpável¹⁸³.

Em algumas incriminações, consagrou-se regras especiais relativamente ao regime geral, supra exposto, exigindo o tipo ilícito um dolo específico, designadamente a “intenção de causar dano, material ou moral, a algum sócio, à sociedade ou a terceiro” (artigo 509º, n.º 2 CSC). Para além deste artigo, também, o n.º 3 do artigo 519º e o n.º 3 do artigo 520º prevêm disposições semelhantes, apesar de o primeiro se cingir à intenção de causar dano a algum sócio e este último à intenção de causar dano à sociedade ou a algum sócio. Este elemento típico é um acrescento ao crime base previsto, correspondendo a uma

¹⁸³ Neste sentido vide: SILVA, Germano Marques da, *Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – considerações gerais*, ob. cit., p. 42.

agravação da moldura penal, sendo que, nestes casos específicos, o bem jurídico é, para além do normal funcionamento societário, o interesse patrimonial e moral da sociedade, dos sócios ou mesmo dos terceiros que se relacionam com a sociedade.

Da análise dos crimes que compõem o direito penal societário verificamos que, a grande maioria, são crimes agravados pelo resultado, como é o caso do artigo 509º, nº 3, do artigo 511º, nº 2, do artigo 512º, nº 3, do artigo 513º, nº 3, do artigo 514º, nº 5, do 515º, nº 3, do 518º, nº 3 e do 519º, nº 4. Nestes artigos, para além de se prever a existência de dano grave, material ou moral, exigisse, igualmente, que o agente do crime pudesse prever esse mesmo dano resultante da sua conduta típica. Ora, este último elemento típico é apenas uma repetição do regime geral previsto no CP, que no seu artigo 18º, indica claramente que “quando a pena aplicável a um facto for agravada em função da produção de um resultado, a agravação é sempre condicionada pela possibilidade de imputação desse resultado ao agente pelo menos a título de negligência”.

O comportamento negligente do agente consiste na violação do dever de cuidado que, juridicamente, sobre ele impende, sendo que, semelhantemente, ao que sucede no dolo, não é viável, nem aceitável a proibição de todo o comportamento perigoso para um bem jurídico-penal. Neste sentido, não podem ser proibidos riscos concernentes a determinados resultados típicos quando aqueles são imprevisíveis ou inevitáveis. Só quando determinado resultado típico é previsível, pode o agente actuar com o cuidado que, face às circunstâncias concretas, lhe é imposto e evitar esse resultado: o dano¹⁸⁴.

Atente-se que apesar de estarmos a referenciar a negligência, isto não significa que o comportamento típico possa ser negligente, na realidade, e como já indicámos, a lei exige o dolo. Só quando os danos graves causados forem patrimoniais ou morais, se prevê que, no mínimo, se esteja perante uma conduta culposa.

Ainda em relação aos danos resultantes do comportamento típico do agente, o artigo 527º, nº 4, prevê que aqueles não sejam tidos em consideração na determinação da pena aplicável quando, antes de instaurado o procedimento criminal, o autor tiver “reparado integralmente os danos materiais e dado satisfação suficiente dos danos morais causados, sem outro prejuízo ilegítimo para terceiros”. Relegando a análise das molduras penais para

¹⁸⁴ Para mais informações e um estudo específico sobre o tipo de ilícito negligente, com as mais diversas referências bibliográficas, vide: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral*, Tomo 1: *questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, ob. cit., pp. 866 e ss.

um momento posterior deste estudo, é de salientar que esta norma é de alguma importância no momento de escolha e medida da pena, visto que apesar da moldura penal ser a agravante, aplicando-se a moldura penal correspondente ao crime de infidelidade previsto no CP, a escolha da pena determinar-se-á em função dos critérios gerais previstos no artigo 71º do CP, da culpa do agente e da gravidade dos resultados, mas não considerando os danos em si causados.

Todavia, o juiz, na verificação do preenchimento das condições previstas no artigo 527º, nº 4, não possui um papel facilitado, visto que apesar de a reparação integral dos danos materiais ser relativamente fácil de avaliar, o mesmo não pode ser dito da satisfação suficiente dos danos morais causados. Efectivamente, não é claro o que se possa entender por dar satisfação suficiente aos danos morais, será que, semelhantemente, ao previsto no CC, no artigo 496º, se exige uma indemnização, uma reparação económica para existir essa satisfação? Não o podemos entender nestes termos, sendo que para a satisfação ser suficiente, basta que seja efectuada, ainda, no plano moral, sem necessidade de reparação material¹⁸⁵.

Contudo, levanta-se um novo problema, se a satisfação se dá no mero plano moral, como pode o juiz indicar que determinado acto foi ou não suficiente? Na procura da resposta a esta pergunta é necessário recorrer a uma aplicação analógica do artigo 186.º do CP, que em matéria de crimes contra a honra, consagra que o Tribunal pode dispensar de pena o agente quando o ofendido ou quem o represente ou integre a sua vontade como titular do direito de queixa ou acusação particular aceitar os esclarecimentos ou explicações da ofensa por parte do autor como satisfatórios. Desta forma, caberá ao ofendido ou ao seu representante determinar se existiu satisfação suficiente dos danos morais causados¹⁸⁶.

Por fim, o último princípio geral, previsto no nº 2 do artigo 527.º, indica que a tentativa dos factos para os quais foi cominada pena de prisão ou pena de prisão e multa é punida. Este regime abrange a maioria dos crimes societários¹⁸⁷, aos quais bastará a mera tentativa

¹⁸⁵ SILVA, Germano Marques da, *Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – considerações gerais*, ob. cit., p. 43.

¹⁸⁶ Com entendimento semelhante, consulte: SILVA, Germano Marques da, *Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – considerações gerais*, ob. cit., p. 43.

¹⁸⁷ A tentativa é punível nos crimes previstos no artigo 509º, 511º, 512º, 513º, 514º, 515º, 516º, 517º, 518º, 519º, 520º, 522º, 523º e 526º do CSC.

para serem punidos, afastando, claramente, o regime penal geral. Nos termos do artigo 23º do CP, a tentativa só é punível quando ao crime consumado corresponder uma pena superior a três anos de prisão. Esta opção político-legislativa, provavelmente, baseia-se no facto de a simples ameaça de abertura e instauração de processo criminal ser considerado suficiente para que o administrador ou dirigente empresarial se sinta impelido a cumprir o regime jurídico societário¹⁸⁸.

5. Da problemática técnica-legislativa utilizada na construção dos crimes societários

O preâmbulo do DL nº 184/87, de 21 de Abril, que integrou no nosso ordenamento jurídico os delitos sociais, indica que a definição dos tipos-ilícitos e a graduação das penas segue “*de perto*” o regime jurídico do CP; talvez, avançamos nós, por motivos que serão explanados posteriormente neste trabalho, demasiado de perto em determinadas opções, mas, em muitos e variados momentos, afasta-se, por completo das regras e dos princípios do direito penal comum. A escolha desta técnica legislativa destinou e ditou, em parte, para o esquecimento estes ilícitos-típicos, sendo causa da sua inaptidão prática.

Contudo antes de expormos os motivos para tal asserção, entendemos fundamental transcrever, sem querer ser exaustivos, o ponto 5 desse mesmo preâmbulo, por iluminar a intenção do legislador na sua opção legislativa.

“A definição dos tipos de crime e a graduação das penas seguem de perto o sistema do Código Penal (CP). Na definição dos tipos de crime serviram de modelo os correspondentes tipos comuns daquele Código, ou, na falta de um género, os tipos comuns de crime que, quer sob o ponto de vista da acção e das circunstâncias da acção, quer sob o dos valores e interesses lesados, apresentam maiores afinidades com o comportamento considerado. Tais modelos transparecem claramente do articulado e poderão constituir guia seguro da ulterior elaboração jurisprudencial. Do mesmo modo, a graduação das penas aplicáveis pautou-se pelo catálogo das sanções que para aqueles crimes são

¹⁸⁸ Em matéria de infracções contra a economia e contra a saúde pública, consagradas no DL nº 28/84, de 20 de Janeiro, a tentativa é sempre punível.

cominados no CP. Só em casos muito contados se encontrarão divergências, e essas sempre confinadas a limites estreitos.

Quando existe agravação, ainda que em termos tão moderados, ela é justificada por fortes razões de justiça e de política criminal, que têm a ver com circunstâncias específicas da vida das sociedades.

O modelo mais utilizado na graduação das penas aplicáveis foi recebido da incriminação geral da infidelidade, constante do artigo 319.º do CP. Trata-se de uma escolha que se justifica pelas analogias existentes entre a infidelidade e a maioria dos ilícitos compendiados no presente diploma”.

Se através de tal exposição conseguimos compreender os fundamentos do legislador, talvez estes não tenham sido os mais adequados, principalmente, quando hoje, em 2014, várias alterações foram efectuados no regime jurídico societário, sem qualquer correspondente alteração nos delitos societários.

Na realidade, foram escassas as alterações efectuadas aos artigos 509º a 528º do CSC. Apenas duas alterações se verificaram, maioritariamente com natureza formal, uma resultante do Decreto-Lei nº 142-A/91, de 10 de Abril, e a segunda pelo DL nº 76-A/2006, de 29 de Março. O primeiro diploma legislativo limitou-se a revogar os artigos 524º e 525º do CSC, designadamente os crimes de abuso de informação e de manipulação fraudulenta de cotações de títulos; o segundo DL procedeu às necessárias alterações resultantes do novo modelo e denominação dados aos órgãos de direcção e fiscalização da sociedade comercial, exemplificativamente a designação “director da sociedade”, presente em vários artigos, foi abolida. Contrariamente, o CSC, em si, já conheceu, até hoje, mais de trinta alterações, algumas delas com carácter significativo.

Ora, a inalterabilidade dos dispositivos penais ganha contornos de maior relevo face à sua conexão com o regime societário geral. Como já pudemos referir, uma das grandes desvantagens da inserção dos crimes societários no CSC manifesta-se na acrescida dificuldade de interpretação e concretização da conduta criminal, visto que para interpretar correctamente a norma criminal é necessário proceder primariamente à interpretação e concretização do próprio regime jurídico societário. Na realidade, os crimes societários só são perceptíveis se tivermos conhecimento dos deveres impostos aos agentes do crime e, mais concretamente, aos dirigentes empresariais.

Ora, veja-se, a título meramente exemplificativo, o artigo 523º do CSC que prevê que “o gerente ou administrador da sociedade que, verificando pelas contas de exercício estar perdida metade do capital, não der cumprimento ao disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 35.º é punido com prisão até 3 meses e multa até 90 dias”. O artigo 35.º versa sobre a perda de metade do capital social, sendo que foi alvo de profundas alterações, nomeadamente pelo Decreto-Lei n.º 19/2005, de 18 de Janeiro, e visa a tutela das expectativas de terceiros que confiam na existência, na sociedade, de um património líquido, no mínimo, igual a metade, do capital social, evitando desproporções graves entre o valor do capital social, que serve como “ponto de robustez financeira da empresa societária”¹⁸⁹, e o património líquido societário¹⁹⁰.

O regime do artigo 35º¹⁹¹ originalmente previsto impunha um dever aos membros da administração. A estes, uma vez constatada a perda de metade do capital social, era exigido que propusessem aos sócios medidas que possibilitassem a resolução da situação, nomeadamente deviam propor a dissolução societária ou a redução do capital social, prevendo-se, assim, um modelo reactivo. Face à inércia dos administradores, isto é, se estes nada fizessem, a qualquer sócio ou credor era atribuída a legitimidade para requerer em Tribunal a dissolução da sociedade. Contudo, este regime jurídico tem sofrido alterações profundas, grandemente baseadas na perspectiva, com cada vez mais defensores, de que a exigência jurídica de um capital social mínimo é fútil, não existindo razões fundadas e válidas que justifiquem tal medida, que pode, até, ser prejudicial à livre iniciativa económica.

Na redacção actual do artigo 35º do CSC, introduzida pelo DL 19/2005, de 18 de Janeiro, o regime altera-se de reactivo a informativo. Com efeito, a lei passa a impor aos

¹⁸⁹ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações sobre o capital social*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 331.

¹⁹⁰ Esta regulamentação encontra, actualmente, a sua raiz no artigo 17º da, denominada, Directiva do Capital que, visando a harmonização da legislação dos diferentes Estados-membros, consagra que no caso de perda grave do capital, que corresponde, no máximo, a perda de metade do valor, deve existir uma convocação de uma assembleia-geral, num prazo determinado, de modo a analisar se a sociedade deve ser dissolvida ou se é viável a adopção de uma outra medida.

¹⁹¹ Denote-se que a entrada em vigor do regime previsto no artigo 35º do CSC pode, no mínimo, ser considerada atribulada. O legislador, tendo em consideração as dificuldades económicas de grande parte das sociedades portuguesas em 1986, optou por diferir a entrada em vigor deste dispositivo normativo para momento posterior, sendo que foi o DL nº 237/01, de 30 de Agosto que consagrou tal entrada, 15 anos depois da aprovação do CSC. Várias vozes críticas se ergueram, especialmente preocupadas com a possível dissolução de sociedades, o que resultou numa nova intervenção legislativa, em 11 de Junho de 2002 (DL 162/2002), que alterou a redacção do artigo e adiou a aplicação daquela medida para 2005. Em 2005, o legislador, mais uma vez, introduziu alterações, procedendo a uma alteração do regime.

administradores empresariais a obrigação de convocarem ou requererem a convocação de uma assembleia de sócios, de modo a informarem estes da grave situação patrimonial em que a sociedade se encontra, de modo a que os sócios, se assim o entenderem, tomem as medidas necessárias¹⁹².

Face às alterações verificadas no regime societário, é de questionar qual o sentido e a relevância do artigo 523º do CSC? Será que pode ser considerado como materialmente revogado, tendo perdido por completo o seu sentido útil? Não o assim podemos entender. Na realidade, o artigo 35.º continua a consagrar um dever para o administrador/dirigente empresarial: o dever de convocar de imediato a assembleia geral ou de requerer prontamente a convocação da mesma. Assim, o artigo 523.º adquire um sentido distinto e passa a punir o incumprimento ou violação de tal dever, dentro dos limites do princípio da legalidade. Contudo, esta nova leitura não coloca em causa a necessidade de intervenção do legislador. Especialmente necessária, quando percebemos que tal norma criminal põe, gravemente, em causa o princípio referido, visto que não só a conduta punida é consagrada mediante a remissão para o regime societário, como este é composto por conceitos vagos que levantam inúmeras dificuldades interpretativas, nomeadamente, no reconhecimento do momento em que o dever imposto aos administradores empresariais surge. A norma refere o momento em que se verifiquem “fundadas razões” para admitir que existiu perda de metade do capital, expressão cuja interpretação não é fácil, especialmente no mundo empresarial em que fortuita ou ocasionalmente se verifica perdas de capital, que, apesar de tudo, não simbolizam um desequilíbrio patrimonial estrutural¹⁹³.

Mas as dificuldades de interpretação e integração não se manifestam exclusivamente no artigo 523º, estendendo-se aos restantes artigos, como ao artigo 509º que prevê a punição do gerente ou administrador da sociedade que omitir ou fizer omitir, por outrem, actos que sejam necessários para a realização de entradas de capital. Para apreender os actos considerados necessários é imprescindível considerar o regime previsto nos artigos 202º e ss. e 285 e ss. CSC, para as sociedades por quotas e as sociedades anónimas,

¹⁹² Para mais informações sobre as alterações verificadas em matéria de perda grave de capital social, vide: DOMINGUES, Paulo de Tarso, *O novo regime do capital social nas sociedades por quotas*, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 3, volume 6, Outubro 2011, pp. 97-123 e DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações sobre o capital social*, *ob. cit.*, pp. 382 e ss..

¹⁹³ Em sentido semelhante, consulte: DOMINGUES, Paulo de Tarso, SOUSA, Susana Aires de, *Os crimes societários: algumas reflexões a propósito dos artigos 509.º a 526.º do Código das Sociedades Comerciais*, *ob. cit.*, p. 510.

respectivamente. Prevêem os artigos 203º, nº 3 e 285º, nº 2 que, não obstante os prazos fixados no contrato de sociedade para o cumprimento da obrigação de entrada, os sócios/accionistas só entram em mora depois de serem interpelados pela sociedade para efectuar o pagamento num determinado prazo, sendo assim obrigação dos administradores/dirigentes proceder à interpelação. No caso das sociedades por quotas, se o sócio não efectuar o pagamento, deve a sociedade avisá-lo por carta registada que a partir do 30º dia seguinte à recepção da carta fica sujeito a exclusão e perda total ou parcial da quota (artigo 204º). No quadro da sociedade anónima, os administradores podem avisar, por carta registada, os accionistas que se encontram em mora de que lhes é concedido um novo prazo não inferior a 90 dias, sob pena de, caso não procedam ao pagamento, perderem a favor da sociedade as acções em relação às quais a mora se verifica (artigo 285º, nº 4)¹⁹⁴.

Face ao regime descrito e às obrigações impostas ao administrador/gerente empresarial, quando podemos determinar a existência de omissão? Em que momento o administrador comete o crime de falta de cobrança de entrada de capitais? No dia seguinte ao prazo previsto no contrato societário? E se o sócio for interpelado mas não pagar, quando se deve proceder ao aviso de que fica sujeito à exclusão e perda da quota? Certo, só nos parece que, visto a redacção do artigo 285º, nº 4, não estamos perante uma obrigação do administrador, mas de uma mera faculdade (“podem avisar”), não podendo, portanto, verificar-se uma qualquer omissão que preencha o ilícito-típico.

Os dois exemplos supra descritos são categóricos dos problemas técnicos subjacentes à consagração de normas incriminadoras que mais não fazem do que remeter para o regime previsto em um ramo de direito completamente distinto do Direito Penal. Todavia, não é só em matéria de determinação de condutas tipificadas que existem problemas de técnica legislativa, verificando-se estes, igualmente, no quadro sancionatório previsto.

Em parte devido à histórica tolerância da comunidade face aos crimes societários¹⁹⁵, o legislador estabeleceu sanções para a generalidade dos crimes previstos no

¹⁹⁴ Vide: SILVA, Germano Marques da, *Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – considerações gerais*, ob. cit., p. 49.

¹⁹⁵ Historicamente, a comunidade sempre se demonstrou tolerante para com as condutas criminais desenvolvidas no seio societário. O sentimento de certa indiferença deveu-se a vários motivos, seja de ordem pragmática, pelo facto de os danos causados se restringirem, muitas vezes, ao grupo de sócios, como será o caso dos ilícitos-típicos que tutelam directamente o regular funcionamento das assembleias societárias, ou

CSC que só podem ser consideradas como excessivamente brandas, o que se justifica talvez pelo evitamento de uma mutação entre uma época em que nada ou quase nada era penalmente sancionável para o seu oposto. Opção técnico-legislativa compreensível, se atentarmos que, no quadro da criminalidade económica, em termos genéricos, a eficácia na prevenção de condutas violadoras dos ilícitos-típicos não se resume tanto à gravidade da sanção aplicável, mas sim à possibilidade de o agente do crime ser sujeito de um processo penal e a todo o estigma social a si subjacente. Em matéria de crimes económicos, muitas vezes, os sujeitos são pessoas que dão importância e valor ao seu próprio estatuto social, que se sente marcadamente atingido com uma investigação penal. Nas palavras de Germano Marques da Silva, “o efeito de prevenção sempre será alcançado, e porventura com não menor eficácia e mais justiça, com a sujeição dos administradores, gerentes ou directores, aos incómodos do processo criminal e sobretudo à sua inscrição no “rol dos culpados”, à sua despromoção da classe de pessoas de bem para a classe dos criminosos”¹⁹⁶. O princípio geral da publicidade do processo penal, hoje previsto com grande amplitude no artigo 86º do CPP, é suficiente para produzir os desejados efeitos preventivos, com base nas inerentes consequências estigmatizantes que dele advêm¹⁹⁷.

Contudo, como bem defende Susana Aires de Sousa, as razões justificativas apresentadas pela brandura sancionatória, caracterizada pela preferencial previsão de pena de multa e/ou pena de prisão de curtíssima duração, hoje “parecem ter-se esvanecido”¹⁹⁸. O sentimento comunitário de tolerância tem sofrido profundas alterações, face à maior consciência dos danos causados pela má gestão societária; danos que possuem dimensão e impacto elevado, não só a nível económico/patrimonial, mas também social. Mutações para o qual muito tem contribuído a ênfase relegada pela comunicação social aos inúmeros escândalos societários que se têm vindo a gerar nos últimos anos. Assim, a leveza das

mesmo pelas inerentes dificuldades de prova verificáveis, sejam motivos de ordem valorativa ou predominantemente económicos. Neste sentido, vide: SILVA, Germano Marques da, *Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – considerações gerais*, *ob. cit.*, p. 40.

¹⁹⁶ SILVA, Germano Marques da, *Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – considerações gerais*, *ob. cit.*, p. 41.

¹⁹⁷ O DL n° 28/84, de 20 de Janeiro, sobre as infracções contra a economia e contra a saúde pública, vai ainda mais longe ao consagrar no artigo 19º a publicidade da decisão condenatória como pena acessória. O Tribunal pode aplicar a pena de publicidade da decisão que será efectivada mediante a publicação periódica editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, na comarca mais próxima, ou por afixação edital. A previsão desta pena é o resultado da ideia de estigmatização inerente ao processo penal, em matéria de crimes económicos que já mencionámos.

¹⁹⁸ SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, *ob. cit.*, p. 128.

sanções previstas não é compreensível ou aceitável perante as novas exigências de eficácia punitiva da gestão societária fraudulenta.

Para além da crítica supra apresentada, o sistema sancionatório dos artigos 509º a 526º padecem de outros problemas de natureza técnico-legislativa.

Um primeiro problema encontra-se na previsão da figura jurídica da multa complementar. São vários os dispositivos criminais que consagram a punição com pena de prisão e pena de multa, nomeadamente, o artigo 516º, nº 1, 517º, 518º, 519º, artigo 520º, 522º, 523º e o artigo 526º do CSC. Contudo, tal consagração é manifestamente contrária aos princípios político-criminais em vigor no Direito Penal dos dias de hoje, em que a figura jurídica da pena de multa complementar foi retirada do CP por ser considerada absurda. Com efeito, a pena de multa é uma pena principal, sendo, portanto, aplicada independentemente de qualquer outra, podendo surgir como a única pena prevista ou como pena alternativa à pena de prisão. Ora, ao manter a pena de multa como complemento da pena de prisão coloca-se em causa a capacidade e a eficácia penal da multa simples como alternativa à pena de prisão. Além do mais, a sua aplicação implica a exigência do pagamento de determinada percentagem de rendimento ao condenado quando, simultaneamente, se impede este de auferir aquele, visto encontrar-se privado da sua liberdade. Como justificar do ponto de vista da finalidade das penas este quadro sancionatório? Não é justificável, sendo a pena de multa complementar simplesmente “dessocializadora”¹⁹⁹.

Ademais, como se lê no ponto 5 do preâmbulo do DL nº 184/87, de 21 de Abril, “o modelo mais utilizado na graduação das penas aplicáveis foi recebido da incriminação geral da infidelidade²⁰⁰, constante do artigo 319º do CP, (...) escolha que se justifica pelas

¹⁹⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 154.

²⁰⁰ O crime de infidelidade é um crime que deveria ser aprofundado num verdadeiro estudo sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial no exercício das suas funções, contudo não nos poderemos dedicar a ele com o cuidado e a atenção que merece, o que não simboliza que não lhe dediquemos algumas palavras.

Na realidade, o crime de infidelidade surge como forma de abolir uma omissão no nosso ordenamento jurídico-penal, sendo introduzido em 1982, e estando, hoje, consagrado no artigo 224º do CP. O fim desta norma criminal seria punir aqueles a quem confiado o encargo de dispor, administrar ou fiscalizar interesses alheios, cause a estes, intencional e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante. Aos comportamentos dolosos e gravemente lesivos do património alheio reconhece-se dignidade penal, sendo que a sua tutela só é eficaz recorrendo ao Direito Penal e não a um outros ramos jurídico. Todavia, no âmbito do direito penal clássico e nos tipos legais consagrados, a nenhum ilícito criminal se

analogias existentes entre a infidelidade e a maioria dos ilícitos” societários. Desta forma, são várias as incriminações societárias que, em vez da previsão de um quadro sancionatório concreto, optam pela remissão para aquele ilícito penal (509º, nº 3; 511º, nº 2; 512º, nº 3; 513º, nº 3; 514º, nº 5; 515º, nº 3 e 518º, nº 3), basicamente quase todos os crimes em o tipo prevê a causa de dano grave, material ou moral, que o autor pudesse antecipar. Esta opção técnico-legislativa de construir o tipo legal mencionando que a “*pena será a da infidelidade*”, resulta, actualmente, numa forte desactualização das penas, manifestada na visível desproporcionalidade e na falta de equivalência das penas prevista nos crimes societários²⁰¹.

No momento da entrada em vigor dos crimes societários, em 1987, a moldura penal prevista para o crime de infidelidade consistia em prisão até um ano e multa até 60 dias ou só multa até 120 dias. Em 1995, com a revisão do CP, a sanção penal prevista agravou-se, passando a ser punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, cujo limite máximo, de acordo com o artigo 47º, nº 1 do CP, será de 360 dias. Este agravamento reflecte-se, assim, nos crimes societários indicados, que serão punidos de acordo com esta última moldura penal, o que, necessariamente, resulta numa grave e, de certo modo, ridícula desconformidade, desproporcionalidade e desadequação das sanções penais

conseguia subsumir estas condutas (crimes como o abuso de direito ou a burla eram incapazes de responder às necessidades de tutela, visto que dificilmente eram preenchidos todos os elementos do tipo exigidos com a conduta do agente), consagrando-se então o crime de infidelidade que tem o património como bem jurídico tutelado.

O agente do crime de infidelidade será a pessoa a quem foi confiado ou imposto o dever de administrar bens ou interesses alheios, possuindo uma certa autonomia no âmbito dos poderes que lhe são conferidos. Ora, o administrador empresarial pode, perfeitamente, encaixar-se nesta definição de agente, podendo como tal ser agente do crime em causa, o mesmo não sucederá, por exemplo, com o contabilista da empresa visto não possuir a autonomia exigida.

A aplicação do artigo 224º é dependente de uma dupla exigência: a intenção e a grave violação dos deveres que incumbem ao administrador. Ora, a doutrina tem criticado esta exigência, indicando que não tem sentido e parece, até, contraditória, visto que a palavra intenção significa dolo, enquanto a grave violação de deveres remete-nos para a negligência grave. Assim, para ultrapassar as dificuldades interpretativas indica-mos Américo Taipa de Carvalho que intenção deve ser tomada no sentido da consciência ou conhecimento da inevitabilidade de um determinado resultado, exigindo-se o dolo necessário.

Para um estudo mais completo, consulte: CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário ao artigo 224º (infidelidade)*, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 362-372.

²⁰¹ Com o mesmo entendimento, vide: SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, *ob. cit.*, p. 129.

quando comparadas com os outros ilícitos-típicos presentes no CSC, punidos ou só com multa ou com penas reduzidas²⁰².

Todos estes problemas técnico-legislativos referidos obstaculizam, gravemente, a efectiva aplicação prática dos crimes societários, destinados a serem preceitos sem qualquer autoridade e valor. Obstáculos que se tornam mais prementes face à fácil prescrição do procedimento criminal.

O artigo 118º do CP prevê que o procedimento criminal se extinga logo que sobre a prática do crime tiverem decorrido cinco anos quando se tratar de crimes puníveis com pena de prisão cujo limite máximo for igual ou superior a um ano, mas inferior a cinco anos, e para crimes puníveis com pena de prisão inferior a um ano ou com pena de multa, quando tiverem decorrido dois anos. Da análise das penas percebemos que, em matéria de crimes societários, a maioria dos crimes prescreve ao final de dois anos e, no máximo, decorridos cinco anos. Prazos prescritivos que são necessariamente considerados excessivamente curtos, impossibilitando uma efectiva instauração de um procedimento criminal.

6. A natureza processual dos crimes societários

Os crimes previstos no Título VII do CSC são crimes públicos, isto é, são crimes “em que o Ministério Público promove oficiosamente e por sua própria iniciativa o processo penal e decide com plena autonomia – embora estritamente ligado por um princípio de legalidade – da submissão ou não-submissão de uma infracção a julgamento”. Desta forma, adquirida a notícia do crime, o Ministério Público, como entidade pública, decide sobre a promoção do processo penal, isto é, tem a iniciativa de investigar a prática da infracção criminal, independentemente da apresentação ou não de uma queixa, num primeiro momento, e, num segundo momento, cabe-lhe a decisão de submeter ou não a causa a julgamento, consoante tenha ou não reunido indícios suficientes da prática de um facto criminoso. Os crimes públicos correspondem, assim, a uma integral e perfeita consagração do princípio da oficialidade.

²⁰² A maioria das penas de prisão previstas é até 3 meses ou até 6 meses, sendo que apenas o artigo 516º pode ser considerado mais gravosos ao prever uma pena de prisão até 2 anos.

Tendo em consideração a brandura das sanções penais, poder-se-ia estranhar a opção do legislador do ponto de vista de promoção processual. Todavia, esta qualificação não pode ser, nem está, relacionada com a gravidade das penas aplicáveis. Como alerta Germano Marques da Silva, “a qualificação dos crimes como públicos ou dependentes de queixa nada tem ou tem pouco a ver com a gravidade da sanção, obedece a razões mais diversas, mas atende sempre à relevância do interesse dos ofendidos particulares na instauração do processo e/ou punição dos delinquentes”²⁰³. A justificação para a natureza pública dos crimes, para alguma doutrina portuguesa²⁰⁴, encontra-se na titularidade colectiva do bem jurídico.

De facto, e aderindo à posição doutrinária maioritária, é a natureza jurídica colectiva do bem jurídico que justifica a opção do legislador português. Interessantemente, no ordenamento jurídico espanhol, o artigo 296º do CP prevê que as infracções só serão investigadas mediante denúncia do ofendido ou do seu representante legal. Todavia, o nº 2 desse artigo prevê uma excepção: quando o delito afectar interesses gerais ou uma pluralidade de pessoas tal denúncia não é exigida. A escolha da exigência ou não de denúncia pelo legislador espanhol baseou-se, portanto, na natureza dos interesses em causa.

Na realidade, os crimes societários podem afectar interesses individuais, seja da própria sociedade, seja dos sócios, seja de terceiros, mas o bem jurídico tutelado é, como já pudemos defender e na prossecução da opinião doutrinária de Susana Aires de Sousa, a sociedade comercial enquanto instrumento económico. Ora, a natureza supra-individual deste bem é mais correctamente tutelada quando a iniciativa de investigação da prática de uma infracção depende de uma entidade pública.

Considerando a natureza pública dos crimes societários seria de esperar que existissem inúmeros processos criminais a decorrer nos Tribunais, pois, como já indicámos, cremos

²⁰³ SILVA, Germano Marques da, *Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – considerações gerais*, *ob. cit.*, p. 44.

²⁰⁴ Esta é a posição de Germano Marques da Silva que defende que esta opção política se justifica pela natureza do bem jurídico tutelado que, na sua opinião, é a economia pública, como já analisámos (SILVA, Germano Marques da, *Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – considerações gerais*, *ob. cit.*, p. 44). Com a mesma posição doutrinária, Susana Aires de Sousa defende, igualmente, que a “natureza supra-individual do bem jurídico – que coincide quanto a nós com a tutela da própria sociedade comercial enquanto instrumento económico – e outrossim o valor que lhe é reconhecido pela comunidade, influíram de forma decisiva na opção de qualificar estes delitos como crimes públicos” (SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, *ob. cit.*, p. 130).

que são incontáveis as condutas que preenchem estes ilícitos-típicos na vida quotidiana, o que não sucede. Facto que se torna ainda mais surpreendente quando o artigo 422º, nº 3 do CSC prevê que “o fiscal único, o revisor oficial de contas e os membros do conselho fiscal devem participar ao Ministério Público os factos delituosos de que tenham tomado conhecimento e que constituam crimes públicos”. Sendo que nos termos do artigo 423º-G, nº 2, o mesmo dever impende sobre o presidente da comissão de auditoria²⁰⁵.

Para além desta obrigação de denúncia criminal, o administrador ou dirigente empresarial, ou melhor, o agente do crime, não pode crer que a prática de determinado acto não será do conhecimento geral, externo à sociedade, visto que os fiscais sempre terão livre acesso aos livros societários, portanto as suas condutas poderão vir a ser do conhecimento do Ministério Público. A natureza pública do crime afasta, igualmente, que se recorra a uma ameaça de queixa para coagir o administrador ou dirigente a aprovar determinados negócios societários, que, de outro modo, seriam tidos como prejudiciais para a Sociedade e não seriam prosseguidos, bem como evita que o processo penal seja utilizado como meio negocial, negociando-se uma eventual desistência do processo em troca de favores societários, pois o “processo fica nas mãos da Justiça”²⁰⁶, não podendo o assistente desistir da prossecução processual²⁰⁷.

A constituição como assistente no processo penal que se venha a desenvolver com base nas condutas criminais, face à natureza pública dos crimes societários, é, em certa medida problemática, sendo fulcral determinar quem possui legitimidade para adquirir a qualidade de sujeito processual. Só a aquisição de tal estatuto confere ao sujeito um conjunto de poderes e a possibilidade de co-determinar a decisão que venha a ser tomada no processo, atribuindo-se, assim, ao ofendido, o poder de intervenção e configuração do processo penal, nomeadamente mediante a possibilidade de deduzir acusação, recorrer da decisão que põe termo ao processo, requerer a abertura de instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurarem necessárias.

²⁰⁵ SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., p. 130.

²⁰⁶ SILVA, Germano Marques da, *Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – considerações gerais*, ob. cit., p. 45.

²⁰⁷ Alguma doutrina, designadamente José Tomé de Carvalho, nas suas indagações sobre qual o futuro do direito penal societário, indica que o “procedimento criminal deveria passar a depender de queixa e neste caso o legislador nacional tem de antemão o apoio da recente experiência italiana” (CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, ob. cit., p. 231). Ora pelo que ficou exposto, esta opção não nos assemelha a mais viável.

Nos termos do artigo 68º, nº 1, al. a) do CP, podem constituir-se como assistentes no processo penal os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei especialmente pretendeu tutelar com a incriminação. Por outras palavras, não é ofendido, para o fim em causa, qualquer pessoa prejudicada com a prática do crime, mas somente o titular do interesse que constitui objecto jurídico imediato do crime, consagrando a nossa lei um conceito estrito de ofendido. Ora, no quadro do Direito Penal Societário, estamos perante a tutela de bens jurídicos colectivos, supra-individuais, o que dificulta a determinação do indivíduo que, com a prática do ilícito-típico, é lesado nos seus interesses, isto é, é de manifesta dificuldade concretizar o sujeito titular do interesse protegido.

Com efeito, a legislação processual penal consagrou um conceito estrito de ofendido do qual são excluídos os titulares de interesses mediata ou indirectamente tutelados, o titular de uma ofensa indirecta ou o titular de interesses morais, que não deixam, por isso, de ver os seus interesses protegidos. Simplesmente, tal protecção decorrerá de outros instrumentos processuais, nomeadamente, o lesado sempre poderá, nesta qualidade, constituir-se como sujeito processual, mas como parte civil. A estes o que se veda é “em sede de processo crime e mediante o recurso a uma figura de auxiliar da entidade a quem, constitucional e legalmente, impende a obrigação de exercer a acção punitiva do Estado, haja actuação dos detentores desses interesses que, reflexamente, poderão ter sido “tocados” pela actuação do indiciário agente do ilícito”²⁰⁸, impossibilitando-se, portanto, uma instrumentalização do processo penal e a indevida prossecução de uma justiça que não será penal, mas privada.

Apesar da inexistência de debate jurisprudencial sobre a titularidade dos referidos interesses em matéria de crimes societários, a jurisprudência tem sido confrontada com questão semelhante em outras incriminações que integram a criminalidade de empresa. Particularmente, este dilema tem surgido em matéria do crime de manipulação do mercado, consagrado no artigo 379º do CVM, do crime de infidelidade, previsto no artigo 224º do CP, do crime de burla, artigo 217º do CP, e do crime de abuso de confiança, artigo 205º CP, no sentido de inferir se a sociedade ou os seus sócios, desde que preencham a categoria

²⁰⁸ Acórdão nº 145/2006, de 22 de Fevereiro de 2006, do TC.

de ofendidos, ou seja, sejam lesionados nos seus interesses com a prática do facto, podem ou não constituir-se como assistentes²⁰⁹.

Ora, é face aos interesses tutelados em cada um dos crimes, e tendo em consideração o caso *sub judice*, que a jurisprudência tem optado por permitir ou recusar a constituição como assistente. No acórdão 162/02 do TC, de 17 de Abril, determinou-se a impossibilidade de constituição de uma sociedade por quotas como assistente, no que se refere ao crime de manipulação de mercado, visto que o bem jurídico directa e imediatamente protegido, o regular e transparente funcionamento dos mercados de valores mobiliários possuiria uma natureza supra-individual, residindo a sua titularidade no Estado. Todavia, o mesmo acórdão afirmou a legitimidade de constituição do mesmo ente colectivo em relação ao crime de infidelidade, quando se verifique uma ofensa à propriedade privada ou ao património em geral. Como se pode ler no acórdão nº 145/2006 do TC, no crime de infidelidade administrativa, o património da sociedade é o bem jurídico tutelado pela incriminação, logo será a sociedade o titular do interesse imediato e directamente tutelado pela norma, daí derivando a legitimidade para se constituir como assistente processual.

Neste último acórdão, e de uma diferente perspectiva, a que grande parte da jurisprudência tem aderido²¹⁰, considera-se não ser inconstitucional a interpretação do artigo 68º do CPP no sentido de que o sócio minoritário de uma sociedade comercial por quotas não possui legitimidade para se constituir como assistente num processo penal por infidelidade, visto que o património directamente afectado com a conduta criminal do agente, que merece a tutela da norma, é o da sociedade e não directamente qualquer dos sócios. Na realidade, a sociedade comercial, ao ser uma pessoa jurídica distinta dos seus sócios, tem, necessariamente, interesses distintos, de modo que quando os interesses societários são afectados apenas de modo mediato e indirecto se causa dano aos interesses dos sócios.

Todavia, apesar de ser essa a fundamentação apresentada pelo Tribunal, não será defensável a aplicação de tal premissa de modo automático. Como bem sabemos, no nosso

²⁰⁹ SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., pp. 131-132.

²¹⁰ Vide: acórdão do TRL de 22 de Setembro de 2005; acórdão do TRE de 2 de Julho de 2013,; Acórdão do TRL de 20 de Junho de 2007; acórdão do TRL de 2 de Maio de 2007; acórdão do TRL de 17 de Outubro de 2002; acórdão do TRL de 19 de Dezembro de 2001, entre outros, disponíveis para consulta em: www.dgsi.pt.

ordenamento jurídico existem, recorrendo a um critério tradicional, as denominadas sociedades de pessoas, em grande medida dependentes da individualidade dos sócios e as sociedades de capitais, que assentam nas contribuições patrimoniais dos sócios. Com excepção da sociedade anónima, protótipo deste último tipo societário, todas as outras apresentam ou podem apresentar características personalísticas, sendo que a determinação da legitimidade para a constituição de assistente deverá depender de uma análise concreta do modelo de gestão e responsabilidade patrimonial da sociedade²¹¹.

7. Da efectiva e problemática ineficácia do sistema: da indispensável indagação de um futuro para o Direito Penal Societário

Como já referenciámos, mas querendo reiterar, é impossível denegar que, na prática diária das sociedades comerciais, estas condutas criminais se verificam e, até, frequentemente. Contudo, e apesar dos danos causados, que não são, de todo, ínfimos, continua a não existir jurisprudência e aplicação prática destes, destinados a um puro e simples esquecimento seja pelas instâncias jurídicas, seja pelos próprios administradores empresariais.

Na realidade, a impunidade subjacente a estes ilícitos-típicos é gritante, especialmente se tivermos em consideração os danos nocivos causados, seja à própria sociedade, seja, em termos mais generalistas, à paz social. Não obstante as disposições normativas de que falamos estarem inseridas no mundo empresarial e dos negócios, na maioria das vezes, a sua violação causa danos morais, sendo que este é, até, por vezes, consagrado como elemento do tipo.

A época do *homo ludens*, mero jogador económico, única e exclusivamente interessado no lucro rápido e que mede a sua moral mediante o sucesso material atingido, deve e tem que ser considerada completamente ultrapassada. Os tempos mudaram e os fins deixaram de justificar os meios, cujo relevo e importância se viu aumentado. Fenómeno que já se verificava nas últimas décadas, mas que com a crise financeira dos últimos anos tem obtido uma nova consistência. Sem embargo de, numa posição mais negativa e depreciativa, se

²¹¹ Vide: SOUSA, Susana Aires de, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, ob. cit., p. 132, n.º 42.

poder argumentar que das lições que da crise resultaram, pouca ou nenhuma perdurarão no tempo, a verdade é que serviu, em certas franjas da sociedade, como um despertar para uma realidade que sempre existiu e que necessita de uma efectiva e eficaz regulação.

À facilidade negocial tem que ser imposta travões, impossibilitando que administradores e dirigentes empresariais se escondam por trás de um suposto desconhecimento legislativo. As normas legais e os juristas não podem continuar a ser visualizados como mero obstáculos, impeditivos do empreendedorismo empresarial, mas como auxiliares no desenvolvimento económico sustentável. Relegar normas jurídicas ao esquecimento, como parece ser o caso dos crimes societários, não é aceitável, ainda que os seus problemas técnicos sejam patentes, têm que ser cumpridas. Cabendo-nos a nós, juristas, trabalhá-las no sentido de modificar o que efectivamente se apresenta errado, erros tão naturais em instrumentos construídos pelo homem, de modo a que o seu cumprimento seja de valor. Trabalho que, sem dúvida, merece ser desenvolvida, pois, como defendemos, estamos perante a presença de um bem jurídico digno de tutela penal: o correcto e regular funcionamento da sociedade comercial enquanto instrumento económico.

Todavia, tendo em consideração a função crítica reconhecida ao conceito de bem jurídico, é necessário questionar, repensar e hierarquizar os bens e valores fundamentais e proceder à necessária descriminalização de alguns comportamentos que desrespeitam o princípio da subsidiariedade, da *ultima ratio*, do direito penal. Na realidade, a criminalização de algumas condutas, como será o exemplo do artigo 521º que tipifica a recusa ilícita de lavrar acta, revela-se “forçada, excessiva e inútil”²¹², sendo que seriam suficientemente acauteladas por via da responsabilidade civil ou com a previsão de sanções administrativas.

Do mesmo modo, mas em sentido contrário, é de repensar que com a evolução do regime jurídico societário emergiram novos desafios e exigências, derivados nomeadamente do direito comercial comunitário ou, até, internacional, que impõe uma intervenção do legislador, criminalizando novos comportamentos merecedores de protecção penal, pelos graves danos que causam na vida societária e no próprio mercado económico. As, já mencionadas, vinte e seis alterações ao CSC, algumas com alterações radicais de regime, só podem significar que o direito societário evoluiu, enquanto o direito

²¹² CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, ob. cit., p. 229.

penal societário estagnou, parado no tempo e completamente desactualizado face à nova realidade das sociedades comerciais. Assim, é premente a necessidade de introduzir alterações de forma a uniformizar os princípios e o regime penal com o societário, sem perder a sua autonomia. Alterações que passam não só pela introdução de novas ilícitos-típicos, designadamente com a punição da falsificação de documentos contabilísticos ou o abuso de bens sociais pelos administradores societários, como pela correcção dos já existentes, mas manifestamente desactualizados, como será o caso do artigo 523º que mencionámos.

Ademais, o direito penal societário, como defende José Tomé de Carvalho²¹³, tem que se adequar à responsabilidade criminal das pessoas colectivas. Este movimento de responsabilização tem conhecido fortes avanços no ordenamento jurídico português nos últimos anos, especialmente após as alterações introduzidas no artigo 11º do CP com a Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro, que consagrou uma maior amplitude de responsabilidade criminal das pessoas colectivas. Com efeito, os crimes societários no ordenamento jurídico português prevêem como agente do crime uma pessoa singular, maioritariamente o administrador, contudo, não é de denegar a possibilidade de a sociedade ser, não o ofendido da conduta criminal, mas o próprio agente do crime, sendo que o facto de se adoptar a responsabilidade criminal da sociedade, não simboliza que o agente individual, designadamente o administrador ou o dirigente empresarial, deixe de ser responsabilizado.

Outra necessária reforma terá que decorrer em matéria das penas e molduras penais previstas nos crimes previstos no CSC. Para além de ser necessário, corrigir a desadequada remissão efectuada por algum dos crimes e correspondente proporcionalidade entre as penas e abolir a pena de multa complementar, seria adequado reflectir sobre a atribuição de uma mais ampla relevância à pena de multa principal que em muitos casos será manifestamente suficiente para alcançar as finalidades das penas: a protecção do bem jurídico e a reintegração do agente na sociedade. O mesmo poderá ser indicado relativamente a outras penas, nomeadamente a proibição de exercício de função, previsto no artigo 66º do CP como pena acessória, que podem encontrar em matéria de responsabilidade penal do administrador um campo privilegiado de aplicação, sem nunca, todavia, consagrar um efeito automático à sua aplicação, contrário aos princípios que regem o direito penal.

²¹³ *Ibidem*, p. 228.

A simples apreensão dos bens ou objectos obtidos com a conduta criminal pode, em certos casos, ser uma reacção com forte importância no direito penal societário. O instituto da perda de bens encontra-se consagrado no artigo 9º do DL das infracções contra a economia e contra a saúde pública, abrangendo o lucro ilícito obtido pelo infractor e os bens adquiridos, por sua vez, com o dinheiro ou valores obtidos com a prática do crime. Ora, a consagração desta pena acessória parece fazer todo o sentido em matéria de direito penal societário, nomeadamente para aplicação no artigo 510º (aquisição ilícita de quotas ou acções pelo administrador) ou mesmo no artigo 514º (distribuição ilícita de bens da sociedade). Com efeito, o DL supra mencionado optou pela previsão de inúmeras penas acessórias, como a perda de bens, a caução de boa conduta, a injunção judiciária, a interdição temporária do exercício de certas actividades ou profissões, a publicidade da decisão, que se destacam entre outras²¹⁴, cujo previsão e, correspectiva, aplicabilidade em matéria de direito penal societário seria lógico e coerente.

Quanto às penas privativas da liberdade, apesar de, como indicado anteriormente, serem extremamente reduzidas, o que levanta problemáticas próprias, designadamente em matéria de prescrição, a realidade é que a opção legislativa por penas muito severas pode, tendencialmente, resultar na absolvição na prática dos arguidos pelos Tribunais (problema que efectivamente não se coloca em Portugal face à inexistência de processos judiciais de crimes societários). A consagração de penas muito severas significaria ou a absolvição, ou quando se aplicasse uma pena, esta teria um carácter puramente intimidatório, em tudo contrário à justiça. Sempre será preferível optar por molduras penais menos severas, desde que exista uma consistente aplicabilidade dos dispositivos normativos.

A reforma do direito penal societário pode passar, em sede de direito de processo penal, pela introdução de novos modelos consagradores do princípio da oportunidade. Com efeito, a figura jurídica da suspensão provisória do processo já prevista no artigo 281º do CPP pode ter uma grande aplicabilidade nos crimes societários. Prevê esta figura que no caso de crimes puníveis com pena não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, o MP, oficiosamente ou a requerimento do arguido ou do assistente, pode determinar a suspensão do processo, mediante a imposição de injunções e regras de conduta, sempre que os pressupostos indicados na norma jurídica se verifiquem. Face ao efeito estigmatizante do processo judicial nos administradores e a aplicação de medidas de

²¹⁴ Artigo 8º e seguintes do DL nº 28/84, de 20 de Janeiro.

conduta com a suspensão do processo, a opção por esta via é viável para alcançar as finalidades do processo penal.

Os modelos afirmadores do princípio da oportunidade têm sido incluídos em outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente no direito belga. Neste estabeleceu-se, em 1935, um sistema alternativo ao sistema judicial tradicional, conhecido por transacção criminal, que permite, em termos generalistas, ao procurador cessar a prossecução do processo judicial mediante o pagamento pelo arguido de uma determinada quantia correlacionada com a conduta criminal realizada. O pagamento de tal quantia evita o prosseguimento do inquérito judicial e a inscrição de uma sentença no registo criminal. Apesar de inicialmente esta medida ter um campo de aplicação restrito, em 2001 estendeu-se este, inclusive, de modo a incluir a criminalidade económico-financeira²¹⁵. Algumas críticas são levantadas a este modo alternativo de resolução do processo judicial, designadamente a legitimidade exclusiva do procurador em prosseguir esta medida. A suspensão provisória do processo, entre nós prevista, para além de poder ser requerida pelo arguido, inclui inúmeras regras de conduta e não o simples pagamento de uma quantia, como a indemnização do lesado ou o dar satisfação moral a este, a entrega ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia ou efectuar a prestação de serviço de interesse público, o não exercício de certa profissão, entre outros, inclusive a previsão de uma cláusula geral que permite a escolha de um qualquer comportamento especial que o caso exija (artigo 281º, nº 2), sendo que a aplicabilidade de tal figura judicial estará sempre dependente da concordância do juiz de instrução.

Por fim, e já desviando um pouco do tema da natureza processual dos crimes societários, parece-nos relevante alertar para uma das grandes dificuldades da prossecução processual penal dos crimes societários: a complexidade da prova, especialmente a prova de culpa que pode, até, ser qualificada como diabólica. O segredo nas sociedades, o segredo bancário e fiscal, a expansão geográfica de certas empresas multinacionais com sedes e filiais em vários países que levantam óbvios problemas de aplicação de direito penal no espaço, a especialização de certas matérias, o poder económico ou político de

²¹⁵ Para mais informações e algumas referências bibliográficas, consulte: FERNANDEZ-BERTIER, Michaël, *The extension of the Belgian criminal transaction as a new mean to fight economic and financial crime: towards the establishment of plea bargaining?*, in: *Infracções económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, coord. José Neves Cruz, Carla Cardoso, André Lamas Leite e Rita Faria, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 493-503.

grupos financeiros, a indispensável entreaajuda e cooperação internacional²¹⁶. Até vários destes limites serem ultrapassados mais não será de esperar que uma selecção, por vezes necessária e outras vezes querida e desejada, pelas instâncias judiciais dos agentes dos crimes económicos. Opta-se, assim, por apanhar poucos infractores e tentar fazer deles exemplo, deixando a maioria dos responsáveis sem qualquer punição, como parece ser o caso recente do conhecido processo Face Oculta, em que a gravidade da pena máxima atribuída (17 anos) para punição de crimes de corrupção e tráfico de influência parece destinar-se, em parte, a fazer do arguido um exemplo para todos os restantes casos, atribuindo-lhe, assim, um valor pedagógico e ético-social. Assim, nas redes compostas pelo direito penal, apanham-se alguns e poucos infractores, ignorando-se a maioria dos comportamentos anti-económicos.

As dificuldades da prova são, parcialmente, ultrapassadas com a consagração de organismos formais especializados para o seu combate. Com efeito, a complexidade e especificidade da criminalidade desenvolvida no seio das sociedades comerciais e, inclusive, da criminalidade societária, em que, geralmente, estão em causa mecanismos económicos que a maioria dos juristas desconhece ou de que apenas possui conhecimentos básicos, só pode ser ultrapassada mediante instâncias de investigação, instrução e julgamento, entre outros, com competência especializada nessa área.

A consciência desta necessidade é assumida entre nós pelo Ministério Público. Em 15 de Maio de 2010, João Palma, presidente do Sindicato dos Magistrados do MP, alertava, em entrevista cedida à TSF, que o MP carecia dos meios materiais e técnicos para a investigação, em termos gerais, da criminalidade económica: “hoje o Ministério Público [MP] está carecido de meios que o possam coadjuvar com êxito nessas investigações”,

²¹⁶ Apesar de ao longo da presente dissertação não se ter mencionado a necessidade de consagrar mecanismos de cooperação internacional para o combate à criminalidade económica, na realidade, cada vez mais, estes são necessários. Basta reflectir sobre fenómenos como o *forum shopping* e a existência de multinacionais com sedes e filiais em vários países para compreender que para o julgamento de uma determinada conduta criminal pode ser indispensável obter prova que se encontra localizada em diferentes países. Na União Europeia, pequenos passos têm sido dados com o objectivo de facilitar essa cooperação, como o mandato de detenção europeu ou o mandato de obtenção de prova (apenas implemento por dois Estados-membros até ao presente, a Finlândia e a Dinamarca), contudo, ainda existe um longo caminho a traçar, sendo aconselhável melhorar a cooperação no que toca à prova testemunhal, ao interrogatório de arguidos, à obtenção de documentos e, inclusive, a possibilidade de os organismos de investigação criminal poderem desenvolver a sua investigação além fronteira. Se entre os Estados-membros que compõem a União Europeia, a existência de tão desejada cooperação internacional encontra obstáculos, quando o plano deixa de ser europeu e passa a incluir países como a Tailândia, o Vietname ou a China, onde muitas multinacionais possuem filiais, os obstáculos multiplicam-se, não sendo sequer previsível que num futuro próximo venha a suceder.

indicando ainda que na sua perspectiva “os crimes económicos corroem os fundamentos, os pilares da democracia, e obviamente que o Ministério Público tem particulares responsabilidades também nesse campo, sendo que está desprovido de meios, não só meios materiais mas meios também técnicos de forma a poder assumir essa responsabilidade na plenitude. (...) É preciso dotar as instâncias penais, os tribunais, desde logo o Ministério Público como agente de investigação criminal, como titular e responsável da investigação criminal, pelo menos de tantos meios periciais quantos têm as autoridades de regulação. As autoridades de regulação têm hoje mais meios periciais do que o MP, isto é inacreditável que possa acontecer assim”²¹⁷. E, com efeito, nos últimos anos, tem-se verificado um maior empenho na especialização dos magistrados em áreas muito técnicas do direito penal económico, nomeadamente mediante o reforço da cooperação entre o MP e as autoridades reguladoras, como a CMVM, adquirindo uma maior capacidade de detecção, compreensão e indiciação do ilícito económico-financeiro.

O Título VII do CSC possui inúmeros problemas, sendo indispensável uma reforma legislativa para fazer face aos novos desafios que diariamente surgem de total desrespeito pela disciplina jurídica societária essencial. Todavia, a consciência da dignidade penal do bem jurídico tutelado e, portanto, da legitimidade e necessidade de existência de sanções criminais para punir determinados comportamentos, não afasta as especificidades e a natureza da vida societária. Com efeito, a gestão societária, actualmente, é pautada pelo seu dinamismo e pela harmonização de inúmeros factores, nem sempre sendo fácil distinguir os simples actos de má gestão, conectados com alguma imprudência e desconhecimento administrativo, com verdadeiros conluios criminosos. Para além disso, a descoberta destes últimos tem consequências na imagem pública da empresa e nos interesses particulares de diferentes pessoas conectados com aquela, sendo sempre preferível optar pela prevenção de tais fenómenos do que pela sua sanção criminal, daí a importância da fiscalização, seja mediante o recurso a um fiscal único ou a um revisor oficial de contas, seja pela formação de um conselho fiscal. Por outras palavras e sumariando, o direito penal como *ultima ratio* exige que se conheça a legislação comercial e as sanções privatísticas ou os outros meios extrapenais que a lei consagra, de modo a

²¹⁷ Em: http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Portugal/Interior.aspx?content_id=1570954&page=1, última vez consultado em 17 de Setembro de 2014.

consagrar exclusivamente as normas criminais indispensáveis, reduzindo-o ao núcleo essencial que se pretende efectivamente tutelar.

CAPÍTULO IV

DO DIREITO PENAL DE INSOLVÊNCIA E DA RESPONSABILIDADE JURÍDICO-PENAL DO DIRIGENTE EMPRESARIAL NO EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES

No estudo da responsabilidade jurídico-penal do dirigente empresarial no exercício das suas funções é indispensável, principalmente tendo em consideração os tempos hodiernos, efectuar algumas menções aos crimes de insolvência previstos no CP, especificamente o crime de insolvência dolosa previsto no artigo 227º, o crime de insolvência negligente consagrado no artigo 228º e o favorecimento de créditos previsto no artigo 229º.

Um primeiro e breve olhar poderia fazer crer que falar de Direito Penal Societário e, posteriormente, de Crimes de Insolvência seria misturar temas, em tudo, divergentes. No entanto, assim não é, visto que ambas as matérias se aproximam em virtude do contexto em que, principalmente, decorrem: a Empresa. Apesar de os crimes de insolvência poderem ter como agente pessoas jurídicas não comerciantes e, portanto, externas à realidade empresarial, a verdade é que, maioritariamente, a ocorrência destes crimes ocorrerá no âmbito da sociedade comercial pela actuação dos seus representantes: o administrador ou dirigente empresarial.

Mas esta não é a única característica que une os crimes insolvenciais aos crimes societários. Também aqueles, semelhantemente ao que já por várias vezes referimos quanto aos crimes societários, parecem destinados ao esquecimento, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, indiferente à clara relevância prática acrescida que se tem vindo

a denotar nos últimos anos. Diariamente, somos confrontados com notícias, nos meios de comunicação social, indicando o fecho de determinada empresa, sendo que, indubitavelmente, se verificou um aumento no número de processos de insolvência (e não só de empresas). Contudo, não se pode indicar que tal facto tenha tido alguma repercussão no número de processos envolvendo crimes insolvenciais. Será que estes crimes no quotidiano não se verificam? Não nos parece.

Bem, mas antes de iniciar o estudo dos ilícitos-típicos mencionados, sentimos a necessidade de fazer uma pequena alusão à evolução do direito da insolvência no ordenamento jurídico português, visto que as diversas rupturas de paradigma no plano jurídico-civil têm consequências no plano do direito penal de insolvência e da falência.

1. Uma breve viagem pela história recente do Direito da Insolvência

Um estudo profundo e focado do Direito da Insolvência e da sua evolução no ordenamento jurídico português, face às restrições impostas, é impossível de efectuar no âmbito desta dissertação. Todavia, isso não afasta a relevância de expor sumariamente a evolução recente deste ramo do direito e as principais reformas adequadas. Só a sua compreensão, possibilita um entendimento e compreensão dos ilícitos-típicos previstos no CP²¹⁸.

Deste modo, retornamos a 1993, ao momento da entrada em vigor do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, aprovado pelo DL n° 132/93, de 23 de Abril²¹⁹, que, em traços gerais, distinguia as empresas²²⁰ viáveis das

²¹⁸ Para um estudo completo da evolução história do direito da insolvência, vide: CORDEIRO, António Menezes, *Introdução ao Direito da Insolvência*, in: O Direito, ano 137, n° III, 2005, p. 473 e ss.

²¹⁹ Alterado pelo DL 315/98, de 20 de Outubro.

²²⁰ Nos termos do artigo 2° do CPEREF, empresa seria toda a organização dos factores de produção destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços. Nesta noção, a empresa surge em sentido objectivo, sendo que apesar de em algumas normas do código recorrerem à expressão empresa com essa visão objectiva, como organizadora de factores de produção para o exercício de certa actividade (artigos 8°, n° 1, al. b), 15°, n° 2, 27°, etc.), a verdade é que, em muitos outros, aparece em sentido subjectivo (artigo 1°, n° 1 e 2, artigo 5°, 6°, 12°, n°1, entre tantos outros) ou recorre-se, em substituição, à expressão devedor (artigo 11°, 15°, n° 3, 16°). Poder-se-ia, então, indicar que a noção de empresa indicada é inútil, contudo assim não é. Ao definir empresa, o legislador esclarece que o sujeito necessita de exercer uma actividade económica para ser susceptível de providências de recuperação, acentuando a ideia de que os sujeitos jurídico-económicos são empresários ou exploradores de empresa.

inviáveis, com o fim de aplicar às primeiras uma ou mais providências de recuperação, enquanto as segundas destinavam-se a ser declaradas em regime de falência. O regime era, assim, composto por dois processos aplicáveis aos sujeitos insolventes: o processo de recuperação de empresas e o processo de falência.

O CPEREF terminou com a tradicional distinção que vigorava, anteriormente, no ordenamento jurídico português, que diferenciava entre o instituto jurídico da falência, que se aplicava ao comerciante, do instituto da insolvência com âmbito de aplicação restrito aos não comerciantes²²¹. Esta dicotomia foi substituída pela empresa ou não empresa, em função do qual o processo de recuperação seria ou não aplicável, como indicava o artigo 27º, nº 1, o devedor insolvente não titular de uma empresa podia ser declarado em situação de falência, mas já não podia beneficiar do processo de recuperação.

A atribuição de providências²²² era, manifestamente, prioritária²²³, sendo exclusiva das empresas. Para tal, estas teriam que estar numa situação económica difícil e, em regra, mostrar-se economicamente viáveis e financeiramente recuperáveis. Regime que se deveu, em grande parte, à consciencialização de que o processo de insolvência envolvia inúmeros interesses e não só do falido e dos seus credores, designadamente envolvia a economia

²²¹ Era este o esquema do Código de Processo Civil de 1939, consagrando o instituto jurídico da falência nos seus artigos 1135º e seguintes e o da insolvência nos artigos 1313º e seguintes. O artigo 1313º, nº 1, previa que os não comerciantes estariam em situação de insolvência quando o passivo fosse superior ao activo, resultando tal facto na incapacidade de pagar as suas obrigações. Distintamente, a declaração de falência de um comerciante não estava dependente da existência de um passivo superior ao activo; esta conjuntura não era necessária, nem suficiente para a verificação de tal estado, uma vez que em virtude do recurso a créditos, o comerciante podia conseguir cumprir as suas obrigações. O foco estaria, portanto, no incumprimento destas, isto é, na impossibilidade de cumprir pontualmente as suas obrigações, que resultaria na aplicação daquele instituto.

²²² As providências previstas no presente DL eram: a concordata (consistia na redução ou modificação da totalidade ou de parte dos débitos da empresa – artigo 66º), a reconstituição empresarial (consistia na constituição de uma ou mais sociedades destinadas à exploração de um ou mais estabelecimentos da empresa devedora, desde que os credores, ou alguns deles, ou terceiros se dispusessem a assumir e dinamizar as respectivas actividades – artigo 78º, nº 1), a reestruturação financeira (adopção pelos credores de uma ou mais providências destinadas a modificar a situação do passivo da empresa ou a alterar o seu capital, em termos que assegurassem, só por si, a superioridade do activo sobre o passivo e a existência de um fundo de maneo positivo – artigo 87º) e a gestão controlada (que consistia na aprovação de um plano de actuação global, concertado entre os credores e executado por intermédio de nova administração, com um regime próprio de fiscalização – artigo 97º).

²²³ Apesar de a intenção legislativa consistir em dar prioridade ao processo de recuperação, na prática, a opção entre este processo e a declaração da falência dependia da apreciação dos credores, visto que o artigo 23º possibilitava que, antes de proferido despacho sobre a verificação dos pressupostos legais do processo de recuperação, os credores que representassem, no mínimo, 51% do valor dos créditos conhecidos poderem deduzir oposição ao prosseguimento da acção, alegando a inviabilidade económica da empresa. A percentagem mencionada foi resultado da alteração prevista no DL de 1998, sendo que a redacção primária da norma mencionava 75% do valor dos créditos.

pública e o seu crescimento, interesses laborais na continuidade de emprego e a harmonia social. O regime de falência teria, então, uma função de “saneamento da economia”²²⁴, distinguindo os agentes económicos capazes que merecem ser ajudados dos incapazes que, como tal, deviam ser eliminados. Como indicava o preâmbulo do DL n.º 132/93, “os programas de recuperação económica da empresa insolvente não são planos de caridade evangélica aplicados aos que dela dependem, porque não é nessa vertente da vida social que a caridade encontra o seu lugar próprio. Só a real viabilidade económica da empresa em dificuldade pode legitimar, sobretudo numa economia de mercado como a que hoje vigora no espaço comunitário europeu, o cerceamento da reacção legal daqueles cujos direitos foram violados”²²⁵.

Assim, e segundo o artigo 3.º do mesmo diploma, seria considerada em situação de insolvência “a empresa que, por carência de meios próprios e por falta de crédito, se encontre impossibilitada de cumprir pontualmente as suas obrigações”. Artigo que seria alterado pelo DL 315/98, passando a estatuir que seria considerada insolvente a “empresa que se encontre impossibilitada de cumprir pontualmente as suas obrigações em virtude de o seu activo disponível ser insuficiente para satisfazer o seu passivo exigível”. Esta alteração representou um retorno à antiga concepção de insolvência prevista no Código de Processo Civil de 1939. No entanto, esse regresso não foi total, já que ao indicar activo disponível e passivo exigível permitiu qualificar como insolvente não só os devedores em estado patrimonial líquido negativo, como os que, não obstante, tendo uma situação patrimonial líquida positiva, não possuem liquidez para cumprir pontualmente as suas obrigações^{226 227}.

Por sua vez, seria considerada, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, em situação económica difícil “a empresa que, não devendo considerar-se em situação de insolvência, indicie

²²⁴ SERRA, Catarina, *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, 4ª edição, Coimbra: Almedina, 2010, p. 18.

²²⁵ Ponto 2 do preâmbulo do DL n.º 132/93.

²²⁶ Vide: SERRA, Catarina, *Alguns aspectos da revisão do regime de falência pelo DL. n.º 315/98, de 20 de Outubro*, in: *Scientia Iuridica*, n.º 277 e 279, Janeiro-Junho de 1999, p. 185.

²²⁷ O artigo 8.º, n.º1 previa factores reveladores da situação da insolvência, como: a “falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações” (al. a)), a “fuga do titular da empresa ou dos titulares do seu órgão de gestão, relacionada com a falta de solvabilidade do devedor e sem designação de substituto idóneo, ou abandono do local em que a empresa tem a sede ou exerce a sua principal actividade” (al. b)), e a “dissipação ou extravio de bens, constituição fictícia de créditos ou qualquer outro procedimento anómalo que revele o propósito de o devedor se colocar em situação que o impossibilite de cumprir pontualmente as suas obrigações” (al. c)).

dificuldades económicas e financeiras, designadamente por incumprimento das suas obrigações”, sendo que apenas o respectivo sujeito possui a legitimidade para requerer em juízo as providências de recuperação da empresa (artigo 5º e 7º), desde que a empresa insolvente se apresentasse como economicamente viável, isto é, atendendo a diferentes factores se revelasse capaz de, por si só, gerar lucros ou, no mínimo, cobrir os custos da produção, e financeiramente recuperável, ou seja, se fosse possível retornar a um equilíbrio financeiro que permitisse o cumprimento de obrigações actuais e futuras.

As empresas em situação económica difícil ou em situação de insolvência podiam ser declaradas em regime de falência. Esta, regra geral, seria decretada se as empresas fossem insolventes e economicamente inviáveis e financeiramente irrecuperáveis. Mas contrariamente ao sucedido em matéria de processos de recuperação, também os devedores insolventes não titulares de uma empresa podiam ser declarados em regime de falência, não sendo esta um regime privativo dos comerciantes.

Ainda a propósito do CPEREF, parece-nos de algum relevo mencionar as falências conjuntas. Estas encontravam-se reguladas nos artigos 126º-A e seguintes, estatuidos que conjuntamente com a falência da empresa-sociedade ou pessoa colectiva, o Tribunal poderia declarar a responsabilidade solidária e ilimitada dos gerentes, administradores ou directores, ou de pessoas que tivessem gerido, administrado ou dirigido o facto, por quaisquer actos²²⁸ praticados nos dois anos precedentes à sentença, condenando-os ao pagamento do respectivo passivo. A satisfação do passivo conhecido da sociedade ou da pessoa colectiva ou o pagamento do montante correspondente aos danos por eles causados deveria ocorrer em determinado prazo, se tal não se verificasse, o Tribunal podia declarar a falência desses sujeitos²²⁹.

O DL nº 132/93 não se limitou a aprovar o CPEREF, tendo introduzido, igualmente, algumas alterações no CP. Muito sucintamente, porque o estudo das disposições penalistas será efectuado mais adiante no âmbito do presente trabalho, foram de duas ordens as

²²⁸ O nº 2 do artigo 126º-A enumerava, não taxativamente, uma série de actos que se entendiam contribuir para a situação de insolvência, designadamente a destruição, danificação, inutilização ou o desaparecimento provocado do património social (al. a)), a ocultação ou dissimulação do activo social (al. b)), a criação ou agravação artificial de passivos ou prejuízos ou a redução de lucros, mediante a celebração de negócios ruinosos (al. c)), entre outros.

²²⁹ Para um estudo mais desenvolvido sobre a responsabilização dos dirigentes das empresas, consulte: SERRA, Catarina, *Alguns aspectos da revisão do regime de falência pelo DL. n.º 315/98, de 20 de Outubro*, *ob. cit.*, p. 194 e ss.

alterações introduzidas: um primeiro grupo atinente ao artigo 9º do mencionado DL, que revogou a incriminação da frustração de créditos prevista no artigo 324º do CP de 1982, e, num segundo momento, as alterações introduzidas pelo artigo 3º que modificou os tipos legais previstos do artigo 325º a 327º (insolvência dolosa, falência não intencional, favorecimento de credores, designadamente mediante a inclusão de novas condutas no crime de insolvência dolosa como a “contabilidade inexacta, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organizando a contabilização, apesar de devida”, al. b, do nº 325º, 1, in fine, e “criar ou agravar artificialmente prejuízos ou reduzir lucros, al. c do nº 325, nº 1), entre outras), e a reestruturação dos tipos legais de modo a adequar-se às novidades do regime da falência e do processo de recuperação de empresas, nomeadamente com a desvinculação da falência ao estatuto do comerciante do devedor e a própria determinação do conceito de insolvência.

Em 2004, o regime jurídico-civilista do CPEREF é substituído, com a aprovação do DL nº 53/2004, de 18 de Março, pelo Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas²³⁰, fortemente inspirado na *Insolvenzordnung* alemã, de 5 de Outubro de 1994²³¹. Nos termos deste diploma, o processo de insolvência é “um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente” (artigo 1º do CIRE, versão inicial).

O processo sofreu, assim, uma grande simplificação. O dualismo recuperação/falência desaparece, substituído por um processo único: o da insolvência, sendo que passa a ter carácter urgente. O processo único pode conduzir à liquidação ou à recuperação, mediante a verificação de certos condicionalismos, através da aprovação de um plano de insolvência.

²³⁰ Em pleno período de *vacatio legis*, o diploma foi alterado pelo DL nº 200/2004, de 18 de Agosto, cujo objectivo como explanado no seu preâmbulo, foi assegurar a reforma da disciplina jurídica, de modo a que esta não fosse prejudicada com eventuais dúvidas que pudessem resultar da redacção legal.

²³¹ Para um estudo da influência da lei alemã e a sua correspondência aos dispositivos normativos consagrados no CIRE, consulte, com especial ênfase nas notas de rodapé, e a mero título exemplificativo: VASCONCELOS, Miguel Pestana de, CAEIRO, Pedro, *As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução)*, in: *Infracções económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, coord. José Neves Cruz, Carla Cardoso, André Lamas Leite e Rita Faria, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 534 e ss.

Ora, apesar da existência das duas alternativas, a primazia do CIRE difere do anterior CPEREF, focando-se, principalmente, na prevalência da vontade dos credores, a quem foi atribuída amplos poderes de autonomia privada²³². Com efeito, na prática, o sistema de recuperação de empresas mostrou ser um mau caminho, visto que, face à natureza das coisas, as empresas mostravam-se incapazes de por si só recuperarem, estando obrigadas a “percorrer o calvário da recuperação para, depois, encarar a fase concursal”, o que se traduzia “num sorvedouro de dinheiro, com especiais danos para os credores e os próprios valores subjacentes à empresa”²³³. Assim, o processo de insolvência consiste num processo de execução universal dos bens de um devedor insolvente que visa a satisfação dos credores. Estes podem optar por duas vias: a liquidação dos bens integrantes da massa insolvente e correspectiva repartição do montante distribuível, recorrendo ao processo expressamente previsto na lei, ou decidem recorrer a um plano de insolvência em que autonomamente regulam a satisfação dos seus interesses, desde que dentro dos limites legais²³⁴. Aos credores foi, portanto, atribuída liberdade na escolha da melhor via para alcançar os seus interesses²³⁵.

Os sujeitos passivos da insolvência encontram-se elencados no artigo 2º do CIRE, consistindo fundamentalmente nas pessoas singulares e pessoas colectivas, bem como entes não personificados (associações sem personalidade jurídica, comissões especiais, sociedades civis, sociedades comerciais e sociedades civis de tipo comercial antes do registo definitivo do acto que as constitui, as cooperativas antes do registo da sua constituição) e, igualmente, patrimónios autónomos, como a herança jacente. O âmbito de aplicação da norma é, portanto, de enorme abrangência, apenas excluindo “as pessoas colectivas públicas e as entidades públicas empresariais” (artigo 2º, nº 2, al. a)) e “as

²³² São várias as medidas exemplificativas da atribuição desta maior autonomia, designadamente a possibilidade de requerem a insolvência (artigo 20º) ou mesmo medidas cautelares (artigo 31º), a possibilidade de eleição da pessoa que entenderem para o cargo de administrador da insolvência (artigo 53º), entre outras.

²³³ CORDEIRO, António Menezes, *Introdução ao Direito da Insolvência*, *ob. cit.*, p. 499.

²³⁴ O plano de insolvência não tem, necessariamente, que visar a recuperação da empresa, embora este seja o seu propósito fulcral, pode conter medidas distintas.

²³⁵ A tomada de posição sobre o encerramento e manutenção da empresa em actividade é efectuada na Assembleia de Credores de apreciação do relatório (artigo 156º). Maioritariamente, esta diligência reveste-se de absoluta inutilidade, visto não haver possibilidade de aprovação de qualquer plano, já que muitas vezes as empresas já não se encontram em actividade e não possuem qualquer bem. Como indica Maria José Costeira, em “mais de 90% dos processos a Assembleia de Credores delibera o encerramento dos estabelecimentos da insolvente” (COSTEIRA, Maria José, *O Código da insolvência e da recuperação de empresas revisitado*, in: *Miscelâneas*, nº 6, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, p. 53).

empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento colectivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades” (artigo 2º, nº 2, al. b))²³⁶. O corte com a tradicional aplicação exclusiva do instituto da falência a comerciantes, iniciado com o CPEREF, mantém-se²³⁷.

A declaração destas entidades como insolventes depende da verificação de um pressuposto objectivo: a situação de insolvência ou a situação de insolvência equiparada, que consiste na situação de insolvência meramente iminente, sendo que neste último caso a legitimidade para apresentação do pedido é exclusiva do devedor²³⁸. Com o novo Código modifica-se a concepção de insolvência, que, consoante o critério geral e na linha da lei alemã, determina a situação de insolvência como a impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações vencidas (artigo 3º, nº 1), que, segundo os ensinamentos de Coutinho de Abreu, “há-de assentar essencialmente na falta de meios de pagamento ou bens de liquidez (v. g., dinheiro em caixa e depósitos bancários, créditos bancários vencidos, produtos e títulos de crédito fácil e oportunamente convertíveis em dinheiro)”²³⁹, sendo que as obrigações não cumpridas deveram já estar vencidas e representar a totalidade ou, no mínimo, parte essencial das mesmas. Por conseguinte, é possível que um devedor possua um activo superior ao passivo, mas encontrar-se impossibilitado de cumprir as suas obrigações e, portanto, encontrar-se em situação de insolvência.

²³⁶ O CIRE trouxe profundas alterações na delimitação do âmbito subjectivo de aplicação do processo de insolvência, terminando com as inúmeras problemáticas que surgiram na vigência do CPEREF. No actual código, o critério principal para determinar o sujeito não é o da personalidade jurídica, mas o da existência de autonomia patrimonial. Com esta nova concepção desaparecem as falências derivadas ou por arrastamento previstas no artigo 126º do CPEREF, visto que o legislador considerou que sujeitar as entidades mencionadas nesse preceito à declaração de insolvência, sem mais, poderia ser injusto, já que podem não estar em situação de insolvência.

Para mais informação sobre falências derivadas, vide: SERRA, Catarina, *Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

²³⁷ O CIRE, tal como o CPEREF, consagrou uma noção de empresa no artigo 5º, sendo a existência de tal noção manifestamente inútil, visto que a empresa, embora importante para efeitos vários, não releva para a determinação da aplicação subjectiva do Código, sendo que quando tal expressão é utilizada, a sua concepção é facilmente perceptível, apesar de no âmbito deste código, tal menção respeitar em regra o sentido da expressão imposto pelo artigo 5º.

²³⁸ O legislador não determinou o que pode ser entendido como insolvência iminente, devendo entender-se esta como a situação em que se antevê como provável a inexistência de meios por parte do devedor para cumprir as suas obrigações.

²³⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Recuperação de empresas em processo de insolvência*, in: *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, volume II: Direito Privado, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 13.

Ao critério geral adiciona-se um critério acessório, inovador do presente diploma, para as pessoas colectivas e os patrimónios autónomos, por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma directa ou indirecta, quando o passivo for manifestamente superior ao activo, segundo as normas contabilísticas aplicadas (artigo 3º, nº 2, a que se aplicam as inúmeras correcções previstas no nº 3). Este critério é aplicável, nomeadamente, às sociedades por quotas e anónimas e às sociedades em nome colectivo e em comandita em que todos os seus sócios ou os sócios comanditados são pessoas colectivas de responsabilidade limitada²⁴⁰. Este critério apresenta uma clara dificuldade: saber quando existe uma manifesta superioridade. A lei não esclarece imediatamente o que isso seja, contudo, e na procura do sentido de tal expressão, duas considerações têm que ser efectuadas: por um lado, o facto de este critério adicional se basear no risco acrescido que a situação de insolvência destas entidades gera para os credores, assim, estes não necessitam de aguardar que exista uma consumação de incumprimento das obrigações, podendo actuar antes dela; e, em segundo lugar, tendo em atenção as entidades abrangidas por este dispositivo normativo é comum e compreensível a apresentação de um passivo superior ao activo, face à natureza das actividades que exercem, sendo que a suspensão de tais actividades só se deve verificar quando exista motivo de relevo. O recurso à expressão “manifesta” invoca, assim, situações em que é possível efectuar um juízo de prognose no sentido de afirmar que, no futuro, tal *deficit* patrimonial resultará, com forte probabilidade, na impossibilidade de cumprir²⁴¹.

Em 2012, são introduzidas novas reformas no CIRE com a Lei nº 16/2012, de 20 de Abril, modificando-se, especialmente, o artigo 1º, atribuindo-lhe um sentido de retorno à prevalência da via da recuperação de empresas sob a liquidação dos bens do devedor

²⁴⁰ Esta norma tem necessariamente que ser conjugado com o artigo 35º do CSC, que já mencionámos no capítulo anterior da presente dissertação, visto estarmos perante duas normas que referem o mesmo mas se distanciam. Nos termos deste último, quando o património líquido da sociedade tiver um valor inferior a metade do capital social, devem os administradores convocar a assembleia geral, de modo a informar os sócios, podendo estes tomar as medidas consideradas convenientes, medidas que serão tomadas sem a necessidade de intervenção dos credores. Ora, quando exista situação de insolvência nos termos previstos no CIRE, existe, igualmente, a perda de metade do capital social, sendo que a redacção actual do artigo 18º impõe que o devedor requeira a declaração de insolvência no prazo de 30 dias a contar da data que tomou conhecimento dessa situação. Parece-nos que a prevalência será atribuída ao artigo 35º do CSC, possibilitando que os sócios tomem outras medidas, nomeadamente optarem pela redução do capital social ou mesmo pela realização pelos sócios de entradas para reforço daquele, especialmente considerando a nova alteração legislativa de 2012 do CIRE, reforçando a importância da recuperação da empresa.

²⁴¹ Neste sentido, vide: SANTOS, Filipe Cassiano dos, FONSECA, Hugo Duarte, *Pressupostos para a declaração de insolvência no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in: *Cadernos de Direito Privado*, nº 29, Janeiro/Março de 2010, pp. 23-24.

insolvente. O processo de insolvência passa a ser definido como um “processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”. Ora, à alteração da redacção deste dispositivo normativo não correspondeu uma efectiva alteração do regime que permita afirmar, impreterivelmente, que a recuperação das empresas é prioritária, consistindo numa modificação mais simbólica do que concreta²⁴².

Todavia, foram introduzidos no CIRE os artigos 17º-A e ss, prevendo um processo especial de revitalização. Enquanto antes de tal introdução, o devedor não podia requerer a recuperação da empresa em situação económica difícil²⁴³, sendo que a aplicação de medidas de recuperação estavam dependentes da aprovação e homologação do plano de insolvência, condicionado à melhor satisfação dos credores, com a introdução do novo mecanismo jurídico, foi atribuída legitimidade ao devedor que se encontre em situação económica difícil ou situação de insolvência iminente, mas susceptível de recuperação, de estabelecer negociações com os credores de modo a adoptar um acordo conducente à revitalização²⁴⁴.

O CIRE e a sua reforma subjacente resultaram numa acrescida responsabilidade dos administradores da empresa declarada insolvente. Nomeadamente, e tendo em consideração que é duvidosa a eficácia de uma qualquer tentativa de recuperação da empresa societária, sendo desejável que o processo se inicie o mais rapidamente possível, no quadro das sociedades comerciais, aos administradores – definidos no artigo 6º, nº 1, al. a) do CIRE como “aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente” – competirá determinar o momento ideal para a apresentação da sociedade à

²⁴² Neste sentido: VASCONCELOS, Miguel Pestana de, CAEIRO, Pedro, *As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução)*, *ob. cit.*, p. 534.

²⁴³ A situação económica difícil é, nos termos do artigo 17º-B do CIRE, aquela em que o devedor enfrenta “dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito”.

²⁴⁴ Um devedor em situação económica difícil ou em insolvência iminente pode, igualmente, recorrer ao SIREVE – Sistema de Recuperação de Empresas por via Extrajudicial (DL nº 178/2012, de 3 de Agosto), que brevemente e de acordo com o seu artigo 1º, consiste num “procedimento que visa promover a recuperação extrajudicial das empresas, através da celebração de um acordo entre a empresa e todos ou alguns dos seus credores, que representem no mínimo 50 % do total das dívidas da empresa, e que viabilize a recuperação da situação financeira da empresa”.

insolvência. Dos deveres dos administradores resulta a obrigação de conhecerem a situação financeira da sociedade. Assim, nos termos do artigo 19º do mesmo diploma legal, tratando-se de pessoa colectiva, a legitimidade activa para requerer a declaração de insolvência cabe ao órgão social incumbido da sua administração ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores²⁴⁵, sendo que à petição inicial deverá juntar-se documento comprovativo dos poderes dos administradores e cópia da acta da deliberação (artigo 24º, nº 2, al. a))²⁴⁶.

O legislador colocou, assim, nas mãos dos administradores a possibilidade de apresentarem a sociedade à insolvência, opção justificável se considerarmos que aqueles podem incorrer em responsabilidade pela não apresentação atempada²⁴⁷. Simultânea e consequentemente, o legislador nacional afastou a regra geral prevista no CSC que atribuía aos sócios competência exclusiva para deliberar sobre a dissolução da sociedade (artigo 246º, nº 1, al. i) e 383º, nº 2, respeitante às sociedades por quotas e às sociedades anónimas, respectivamente).

Outro instituto que representou uma acrescida responsabilidade dos administradores é o incidente de qualificação da insolvência do devedor, possibilitando a sua qualificação como culposa ou fortuita²⁴⁸, sendo que tal qualificação não possui valor vinculativo para

²⁴⁵ No entendimento de Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, o artigo 19º atribui aos administradores o poder de “simplesmente, praticar os actos necessários à concretização da apresentação”, sob pena de a concretização efectuada pelo dispositivo normativo ser completamente inútil. Assim, o preceito conferiria “aos titulares da administração a faculdade legal de tomarem a decisão de apresentação à insolvência, independentemente do modo como normalmente se organizem e distribuam os poderes e competências para o exercício dos direitos, prática de atos e cumprimento de obrigações que incumbem ao devedor” (FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 2ª edição, Lisboa: Quid Juris, Sociedade Editora Lda, 2013, p. 197).

A consagração desta norma não afasta o regime societário definido. Quando a gestão de determinada sociedade é da competência de um conselho de administração, composta por mais do que um elemento, aquele órgão é colegial, deliberando por maioria dos seus membros. Assim, a decisão de apresentação à insolvência deverá ser tomada pelo órgão de administração e não, em exclusivo, por um único membro. Só esta concepção permite compreender a exigência de junção da acta correspondente à decisão ao requerimento inicial. Com este sentido vide: COSTEIRA, Maria José, *O Código da insolvência e da recuperação de empresas revisitado, ob. cit.*, p. 58.

²⁴⁶ O empregador, categoria na qual a maioria das empresas se insere, deve solicitar parecer da comissão dos trabalhadores antes de efectuar o pedido de declaração de insolvência da empresa, nos termos do artigo 425º, al. d) do CT.

²⁴⁷ O administrador que não se apresentar à insolvência no prazo legal estatuído, é presumivelmente considerado como responsável, sendo que para além de poder a insolvência ser qualificada como culposa, daí decorrendo certas consequências, também poderá ser civilmente responsável, seja por violação dos seus deveres, como previstos no CSC, seja mediante os termos gerais previstos no artigo 486º do CC.

²⁴⁸ Visto a impossibilidade de explicar plenamente o regime deste instituto, as suas consequências e os seus trâmites processuais, para um aprofundamento do mesmo consulte: SUBTIL, Raposo, ESTEVES, Matos,

efeitos da decisão de causas penais. Nos termos do artigo 186º, a insolvência é considerada culposa, e focando o nosso estudo no administrador, quando este, indiferentemente de estarmos perante administrador de direito ou de facto, tiver criado ou agravado a situação de insolvência em consequência da sua actuação nos três anos anteriores ao início do processo, sendo que considera-se sempre culposa a insolvência quando o administrador tiver: “destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor” (al. a) do nº 2 do artigo 186º), “criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas” (al. b)), “comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação” (al. c), “disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros” (al. d), entre outras condutas previstas no nº 2 do artigo 186º.

A qualificação da situação de insolvência como culposa sujeita o devedor ou os seus administradores a determinadas consequências, previstas no artigo 189º, nomeadamente na inabilitação para nomeação como curador, na inibição para o exercício do comércio ou de cargos sociais num período de 2 a 10 anos, na perda de créditos sobre a massa insolvente e na condenação na restituição de bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.

A par do incidente de qualificação da insolvência, o juiz está vinculado, nos termos do artigo 297º, a, logo que tenha conhecimento de factos que indiciem a prática de quaisquer dos crimes previstos nos artigos 227º a 229º do CP, isto é, os designados crimes de insolvência, a dar conhecimento da ocorrência ao Ministério Público, de modo a que este possa dar início ao processo penal. Quando do requerimento inicial constar denúncia de uma insolvência, seja dolosa, negligente ou em que exista favorecimento de credores, o juiz, em audiência de julgamento para declaração daquela, tem que ouvir as testemunhas sobre os factos alegados, lavrando-se acta dos seus depoimentos, do qual se extrai certidão para entregar ao Ministério Público, conjuntamente com outros elementos existentes no processo que sejam relevantes.

Por fim, a aprovação e entrada em vigor do CIRE repercutiu-se no código penal, contudo com um âmbito muito limitado. A alteração do regime de insolvência exigiu a alteração dos tipos criminais previstos, eliminando todas as referências à palavra falência, substituindo esta por insolvência, abolindo-se a aplicação de distintas molduras penais consoante estivessemos perante crimes dependentes da declaração de falência ou de insolvência. A novidade foi a introdução de uma agravação para os crimes de insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente e favorecimento de credores, quando da prática de tais ilícitos resultasse a frustração de créditos de natureza laboral²⁴⁹.

2. Do bem jurídico tutelado nos crimes insolvenciais: um estudo de diferentes posições doutrinárias

A doutrina e a jurisprudência não possuem uma posição unânime relativamente a qual o bem jurídico tutelado no quadro dos crimes insolvenciais. Enquanto alguns autores defendem a protecção de um bem jurídico individual, outros encontram nos bens colectivos, típicos do direito penal económico e, mais concretamente, empresarial, a vocação de tutela dos presentes preceitos normativos²⁵⁰.

A maioria da doutrina²⁵¹, no seguimento dos ensinamentos de Pedro Caeiro, defende que o bem jurídico tutelado nos crimes insolvenciais é o património dos credores, tendo especialmente em consideração a conexão com o regime jurídico-civilista do direito da insolvência.

²⁴⁹ A preocupação com os créditos laborais tem sido consagrada, com carácter geral, no ordenamento jurídico português. O artigo 335º, nº 2 do CT, conjugado com os artigos 78º e 79º do CSC, consagra a responsabilidade pessoal, solidária e ilimitada, dos administradores, perante os trabalhadores pela frustração dos créditos emergentes de contrato de trabalho e da sua violação ou cessação, desde que se verifiquem certos condicionalismos.

²⁵⁰ Face à explanação da concepção do bem jurídico, da sua relevância e da sua função no ordenamento jurídico-penalista português no Capítulo III sobre o Direito Penal da Empresa, optamos por centrar o nosso estudo, no presente capítulo, somente nas diferentes posições doutrinárias existentes.

²⁵¹ Neste sentido vide, a mero título exemplificativo: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed. Actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010; CAEIRO, Pedro, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de direito da insolvência*, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2013; PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal anotado e complementado*, Lisboa: Quid Juris, Sociedade Editora, Lda., 2008.

A generalidade das condutas previstas nos considerados crimes patrimoniais pressupõem uma actuação imediata sobre o património alheio, isto é, a titularidade não pertence ao agente do crime, sem prejuízo de a consumação do crime poder estar dependente da colaboração da própria vítima, como é o caso de crimes de furto, abuso de confiança, dano, burla, extorsão, entre outros. Ora, é difícil encaixar os crimes insolvenciais nesta concepção de crime contra o património, visto que aqueles parecem integrar, na sua generalidade, condutas que são contrárias às boas práticas societárias e comerciais, consistindo, em alguns casos, na violação de deveres consagrados em legislação extrapenal.

Contudo, os crimes insolvenciais prevêem a punição de condutas, potencialmente, susceptíveis de ofender património alheio através do crédito. A ofensa ao património dos credores presume a existência de um devedor, consagrado para delimitar o âmbito subjectivo de aplicação dos crimes insolvenciais, e sem o qual não é possível existir a situação de insolvência e, conseqüentemente, a sua declaração judicial (esta declaração é condição de punibilidade objectiva, transversal a todos os crimes insolvenciais). Como indica Pedro Caeiro, “só quem se encontra obrigado a efectuar uma prestação a terceiros pode, através de certos comportamentos lesar ou pôr em perigo os direitos correlativos das suas dívidas. Via de regra, o direito penal não incrimina o simples incumprimento contratual, o qual deve encontrar remédio nos meios processuais civis. Simplesmente, esse incumprimento torna-se em ofensa *criminal* ao património dos credores no exacto momento em que os meios civis são insuficientes para o remediar. Num plano categorial, esse momento ocorre, *pelo menos*, quando o devedor se coloca numa situação em que o seu activo já não é suficiente para prover ao passivo, *violando o dever de manter um volume patrimonial suficiente para a completa satisfação dos credores*”²⁵². A situação de insolvência verifica-se quando o devedor não cumpre as suas obrigações, geralmente, por força de um passivo superior ao activo, sendo que da inexistência de património para fazer face às obrigações que contraiu resulta um dano patrimonial para os credores: a impossibilidade de satisfação integral do seu património.

No entanto, alguma doutrina é contrária à defesa do património como bem jurídico-penal tutelada. Menezes Cordeiro, designadamente, defende que o fim das incriminações é

²⁵² CAEIRO, Pedro, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, *ob. cit.*, p. 231.

evitar determinadas actuações lesivas da economia do crédito ou, até, da economia em geral. Porém, não obstante o bem jurídico ser colectivo, na opinião deste autor, aos credores deve ser reconhecida legitimidade para se constituírem como assistentes no âmbito do respectivo processo penal, como titulares de interesses que consistem objecto mediato do crime²⁵³.

Esta opinião doutrinária repercute a de Maria Fernanda Palma. Na visão desta autora, embora historicamente os crimes de insolvência tenham surgido em resposta à crescente necessidade de tutelar a economia de crédito, daí derivando a concepção doutrinária de que o único bem jurídico tutelado seria as concretas relações de crédito, o direito penal não é o meio jurídico para prosseguir efeitos reparadores, como será o fim de uma responsabilidade civil. No momento da intervenção do direito penal já não será possível evitar lesões no património dos credores e, assim, o bem jurídico tutelado é a economia de crédito ou, até, a economia em geral, visto que, ainda segundo a mesma autora, o fim do direito penal é assegurar “a tutela de bens que sejam moldáveis pela eficácia desmotivadora das penas e que sustentem ou interfiram na coesão social”²⁵⁴.

Ora, não se coloca em causa que os crimes insolvenciais, de certo modo, tutelam a economia de crédito ou, mesmo, a economia em geral. Mas, contrariamente ao sucedido no Direito Penal Societário em que mencionámos que os interesses individuais dos inúmeros sujeitos que se relacionam com a sociedade são tutelados de modo mediato, no quadro dos crimes insolvenciais sucede o oposto. O bem jurídico protegido é, em primeira linha, o património dos credores, e ao tutelar este, reforça-se o sistema creditício, como peça fundamental do sistema sócio-económico, mas apenas mediatamente, como repercussão da tutela efectuada àquele primeiro. O património é, portanto, o bem jurídico directamente tutelado, de modo mais específico²⁵⁵, sendo que isso mesmo resulta, em parte, do preceituado no CIRE, ao instituir um procedimento de insolvência, que predominantemente tem como finalidade a satisfação dos credores. A exigência da declaração judicial da insolvência é a expressão máxima dessa tutela, sendo que a ausência

²⁵³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2013, p. 331.

²⁵⁴ PALMA, Maria Fernanda, *Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal*, *ob. cit.*, p. 402.

²⁵⁵ Para um estudo mais concreto no património como bem jurídico no ordenamento jurídico português, com inúmeras referências bibliográficas, vide: CAEIRO, Pedro, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, *ob. cit.*, pp. 19 e ss..

de tal acto, leva o legislador a concluir pela inexistência da necessidade de uma pena, visto que independentemente de o devedor realizar uma das condutas típicas nos crimes insolvenciais, essa actuação não impediu a satisfação integral dos credores.

3. Os crimes de insolvência no Direito Penal Português

Os crimes de insolvência possuem uma particular relação com o direito privado substantivo, o direito civil e comercial, e com o próprio direito adjectivo, o direito processual civil; correlação entre os diferentes ramos de direito que se espelha em aspectos formais, com a colocação de normas de teor em diplomas legislativos civis, como substanciais, com a constante necessidade de remeter para normas de direito privado ou mesmo a subordinação do processo penal a decisões judiciais de declaração de insolvência de foro civil. Contudo, apesar de um verdadeiro entrelaçamento das diferentes matérias, os crimes insolvenciais são dotados de autonomia.

O actual CIRE não distingue entre comerciantes e não comerciantes, considerando uns e outros como sujeitos passivos da declaração de insolvência (artigo 2º). Anteriormente a este, o regime jurídico-penal distinguia consoante o devedor fosse comerciante ou não comerciante e, portanto, se estava perante um processo de insolvência ou de falência. A unificação operada faz com que, actualmente, nos crimes insolvenciais se esteja perante o *devedor*, sem restrições ou especialidades. O agente do crime é o devedor, podendo ou não ser titular de uma empresa, sendo essa natureza de devedor determinada pelo círculo de sujeitos susceptíveis de serem objecto de declaração judicial da insolvência. Assim, apesar do tema ora sob estudo seja a responsabilidade do administrador ou dirigente empresarial no exercício das suas funções, os crimes insolvenciais não se aplicam em exclusivo a estes, contrariamente ao sucedido, na generalidade, no Direito Penal Societário.

Neste âmbito, é necessário acrescentar que a própria pessoa colectiva não pode ser sujeito de responsabilidade criminal, por força do artigo 11º do CP. Porém, a sua qualidade de devedor, por força do artigo 12º do CP, pode reflectir-se nas pessoas que agem voluntariamente como titular de um órgão ou em sua representação, desde que determinadas condições sejam preenchidas, podendo, assim, o dirigente empresarial ser punido a título de devedor. Todavia, este dispositivo normativo não abrangia os

administradores de facto que actuavam sem o conhecimento da pessoa jurídica, e para fazer face a esta lacuna de punibilidade, o legislador adoptou o n.º 3 do artigo 227.º, para os quais os outros crimes insolvenciais remetem, prevendo a punição de quem tiver exercido de facto a gestão ou direcção efectiva.

Todos os crimes insolvenciais, como já referimos, possuem em comum a mesma condição objectiva de punibilidade: o reconhecimento judicial da situação de insolvência. A declaração judicial daquela demonstra a insatisfação dos credores e, portanto, o motivo da existência de uma ofensa digna de tutela penal. Se o devedor actuar preenchendo umas das condutas típicas previstas, mas, de todo o modo, conseguir satisfazer os direitos de crédito que sobre si recaem, cumprindo as suas obrigações, a insolvência não será judicialmente reconhecida e, como tal, o facto carecerá de dignidade penal.

3.1. O crime de insolvência dolosa

O artigo 227.º do CP pune o devedor, com uma pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa²⁵⁶, que, **com intenção de prejudicar os credores**, pratique alguma das condutas seguintes: destruir, danificar, inutilizar ou fizer desaparecer parte do seu património (al. a), do n.º 1); diminuir ficticiamente o seu activo, dissimulando coisas, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los, ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, nomeadamente por meio de contabilidade inexacta, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organizando a contabilidade apesar de devida (al. b), do n.º 1); criar ou agravar artificialmente prejuízos ou reduzir lucros (al. c), do n.º 1); ou para retardar falência, comprar mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente (al. d), do n.º 1)²⁵⁷.

²⁵⁶ Antes da adopção do CIRE no ordenamento jurídico português, previa-se duas molduras penais: uma para a ocorrência da situação de insolvência que seria punida com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, e outra se estivessemos perante uma situação de falência punida com a moldura penal ainda hoje em vigor.

²⁵⁷ O preenchimento deste ilícito-típico não se basta com a verificação de uma das condutas mencionadas é necessário, como já se referiu, que ocorra a situação de insolvência e que a mesma seja judicialmente reconhecida.

As acções típicas enumeradas nas diversas alíneas correspondem a actos que, de modo geral, têm como finalidade a diminuição efectiva do património, seja mediante a diminuição simulada do património, a dissimulação contabilística dos prejuízos ou dos lucros ou o retardamento da apresentação à falência²⁵⁸, mediante a compra e venda de mercadoria a crédito²⁵⁹. Estamos perante condutas dolosas vinculadas à realização do estado de insolvência, uma vez que a sua realização é determinante para que se verifique a impossibilidade de cumprimento das obrigações por parte do devedor, em parte devido à situação patrimonial líquida negativa em que o devedor se coloca, em que o passivo manifestamente se sobrepõe ao activo.

Com a intenção de frustrar o direito de crédito dos credores, o devedor comete vários actos de defraudação directa ou indirecta do património, alguns que até se podem prolongar no tempo, e que conduzirão a situações de insolvência real ou efectiva ou situações de insolvência criadas artificialmente. Assim, este ilícito-típico abrange não só os casos de insolvência real ou efectiva como os casos de insolvência aparente ou simulada²⁶⁰.

A declaração judicial de insolvência continua a ser condição objectiva de punibilidade, uma vez que, em ambas as situações, se verifica uma diminuição efectiva do património já que a actuação do devedor resulta no desaparecimento, mesmo que apenas fictício, do seu património. O acto de desaparecimento impossibilita a descoberta do efectivo paradeiro

²⁵⁸ Apesar de no actual direito privado da insolvência a dicotomia falência/insolvência já não existir, mantém-se no artigo 227º, nº 1, d) aquela expressão, sendo que deverá ser interpretada, recorrendo a motivos lógicos e face ao regime jurídico do CIRE, como situação de insolvência.

²⁵⁹ Os crimes de insolvência, semelhantemente ao sucedido no quadro do direito penal societário, são compostos por conceitos externos e estranhos ao Direito Penal; conceitos como património activo ou valor líquido são, na generalidade, desconhecidos do direito penal, exigindo, assim, conhecimentos externos àquele ramo para serem preenchidos, o que levanta inúmeras dificuldades a quem tem que com eles trabalhar, nomeadamente aos órgãos de investigação judicial. Veja-se a título de exemplo, as condutas tipificadas no artigo 228º do CP, crime de insolvência negligente, que são reprodução de disposições penais constantes do CCom de 1988 (o artigo 737º do CCom de 1888 consagrava que “a quebra é culposa quando proveniente de manifesta incúria, desleixo ou prodigalidade do falido, ou quando este haja deixado de cumprir os preceitos ou as formalidades que a lei impõe para a inteira regularidade da escrituração e das transacções comerciais”; expressões, como manifesta incúria e prodigalidade, mantêm-se na actualidade), não sendo fácil atribuir-lhes um sentido autónomo, diferenciado as situações de grave incúria, das de grave imprudência, das especulações ruinosas, da prodigalidade e das despesas manifestamente exageradas. Competirá ao Ministério Público preencher estes conceitos numa tarefa árdua, através da avaliação da conduta do devedor, muitas vezes sem poder recorrer ao auxílio de profissionais de outras áreas, designadamente a contabilistas.

A mesma problemática é patente nas condutas tipificadas no artigo 227º, sendo que para um estudo completo das diferentes modalidades de acção, consulte: CAEIRO, Pedro, *Comentário aos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores)*, in: *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 412 e ss.

²⁶⁰ Vide Acórdão do TRP de 17 de Outubro de 2010, disponível para consulta em: www.dgsi.pt.

dos bens, inclusive mercadorias, que estavam na titularidade e, conseqüentemente, na disponibilidade do devedor, com o intuito de os credores não verem satisfeitos os seus créditos.

Uma das condutas que mais frequentemente será praticada pelos devedores consistirá na transferência do património, geralmente, mediante a criação pelos sócios ou pelos seus familiares de uma sociedade nova. Em centros urbanos de menor dimensão, em que as pessoas identificam a sociedade não pelo seu nome, mas pelo seu titular, em que sociedade e titular confundem-se, a existência de uma nova firma e uma nova sociedade não tem repercussões, pois sempre será o seu titular a ser identificado. Contudo, em meios mais amplos, a mesma facilidade já não se verificará. Recorrer-se-á, então, aos registos contabilísticos da sociedade, que geralmente estarão na posse de um técnico oficial de contas, para conseguir avaliar o património e se aquela transferência foi ou não acompanhada pelo preço devido e pela entrada deste valor no património da sociedade em situação de insolvência. Contudo, a simples não entrada de um determinado valor no património da sociedade, avaliável por exemplo com o recurso a extractos bancários, pode não ser indício suficiente da prática do crime, nomeadamente por ter sido utilizado para pagar certas dívidas já vencidas a credores.

O inquérito judicial, então, tem que indispensavelmente passar pelo seguimento do curso do dinheiro, o que se complicará se houver a remessa de dinheiro para uma offshore. O simples constatar da ausência de entrada do dinheiro nos quadros contabilísticos da empresa não é suficiente, especialmente, porque sempre será necessário provar que existiu o intuito de prejudicar os credores. Compreende-se, assim, que a recolha de prova²⁶¹ é de extrema dificuldade e terá que resultar, grandemente, da cooperação dos órgãos de investigação policial com o administrador de insolvência e mesmo com técnico oficial de contas, que possuirão um papel fulcral na explicação de termos contabilísticos, do mesmo modo que os próprios trabalhadores do insolvente podem desempenhar importante função, nomeadamente, ao indicar qualquer alteração no padrão comportamental dos seus administradores ou mesmo nas práticas societárias.

²⁶¹ Denote-se que o tema da recolha de prova, no âmbito de processo penal é de extrema importância, uma vez que se exige nos termos do artigo 283º ou 308º do CPP, a recolha de indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente para existir acusação ou despacho de pronúncia, respectivamente, sendo que no juízo de verificação de indícios suficientes é imanente o princípio da dignidade humana, internacionalmente consagrado, e, concretamente, o princípio *in dubio pro reo*.

3.2. O crime de frustração de créditos

O DL n.º 38/2003, de 8 de Março, aditou ao CP um novo artigo: o artigo 227.º-A, com a epígrafe frustração de créditos. Aquele diploma legal surgiu como resposta à necessidade de revitalizar o processo executivo, no qual se verificavam atrasos que se traduziam numa “verdadeira denegação de justiça, colocando em crise o direito fundamental de acesso à justiça”, como nos informa o preâmbulo do respectivo DL.

A localização sistémica do novo artigo pode induzir que se estaria perante mais um crime de insolvência. Todavia, assim, não nos assemelha. Indica este artigo, no seu n.º 1, que será punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se instaurada acção executiva em que não se alcance a satisfação total do crédito, “o devedor que, após prolação de sentença condenatória exequível, destruir, danificar, fizer desaparecer, ocultar ou sonegar parte do seu património, para dessa forma intencionalmente frustrar, total ou parcialmente, a satisfação de um crédito de outrem”.

A incriminação não está, portanto, directamente conectada com a situação de insolvência, isto é, a verificação desta não é um pressuposto objectivo para o preenchimento do ilícito-típico. A condição objectiva de punibilidade consiste, diversamente, na instauração de uma acção executiva em que o resultado final será a não satisfação integral dos direitos do credor, direitos que foram reconhecidos por sentença condenatória. Este preceito normativo afasta-se do antigo artigo 334.º previsto no CP de 1982, que, identicamente, punia a frustração de créditos, todavia, este último previa, expressamente e com o intuito de limitar o tipo, a declaração de insolvência como condição objectiva de punibilidade.

O artigo 227.º-A veio, assim, colmatar uma lacuna de punibilidade existente no nosso ordenamento jurídico português que deixava sem punição a frustração de créditos após sentença condenatória, reconhecendo a necessidade de garantir um efectivo respeito pelas decisões judiciais, seja pelo devedor, seja, mediante a remissão do n.º 2 para o artigo 227.º, n.º 2 e 3, de terceiro que actue com conhecimento ou em benefício do devedor e daqueles que, de facto, exercem a gestão de entidade colectiva.

3.3. O crime de insolvência negligente

O artigo 228º do CP possui como epígrafe insolvência negligente, punindo, com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, o devedor que, por grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas, ou grave negligência no exercício da sua actividade, criar um estado de insolvência (al. a) do nº 1) ou tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação (al. b) do nº 1). Punição que só existirá se se verificar a situação de insolvência e de esta ser judicialmente reconhecida.

Ora, da simples leitura da epígrafe pareceria que o artigo em causa limitar-se-ia a consagrar crimes negligentes, contudo e apesar de no artigo poderem ser incluídas condutas negligentes, não se afasta a possibilidade de serem, igualmente, subsumíveis condutas dolosas. Efectivamente, apesar de algumas das condutas serem subsumíveis ao que se consideraria uma actuação negligente por parte do devedor no exercício da sua actividade, o ilícito-típico consagrado abrange condutas dolosas (a prodigalidade, as despesas manifestamente exageradas e as especulações ruidosas), excluir estas do âmbito de aplicação seria punir o mínimo, as condutas negligentes, e, simultaneamente, criar uma lacuna de punibilidade para as condutas dolosas, sendo que nenhuma outra conclusão pode resultar do artigo 13º CP. O recurso à expressão negligente, pelo legislador nacional, só pode ser caracterizada como ilógica, resultado de algum descuido ou, face o redundância, de alguma negligência, não possuindo qualquer sentido técnico-jurídico²⁶².

Todavia, esta não é opinião unânime na doutrina. Segundo os ensinamentos de Menezes Leitão, “na verdade, é manifesto não existe qualquer relação de subsidiariedade entre o art. 228º e o art. 227º, tratando o primeiro exclusivamente de condutas negligentes”²⁶³. Esta posição, como supra explicámos, é inaceitável, pois resultaria na impunidade das condutas dolosas, enquanto as condutas negligentes seriam punidas, sendo que, recorrendo a uma expressão corrente, punir o mais, sem punir o menos seria, na nossa opinião, inaceitável. Na realidade, a epígrafe do artigo resulta de desleixo técnico-jurídico, que, efectivamente,

²⁶² Neste sentido, consulte, a mero título exemplificativo: CAEIRO, Pedro, *Comentário aos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores)*, ob. cit., pp. 443-445.

²⁶³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, ob. cit., p. 334.

poderá induzir em erro o mais arguto dos leitores, sendo que mais adequado seria recorrer à epígrafe “insolvência simples”²⁶⁴.

Relativamente às condutas típicas, em abstracto, consagradas, nem todas admitem um tipo qualquer de agente. A redacção do tipo legal recorrendo à expressão, na alínea a), “no exercício da actividade” quanto à incriminação da grave negligência aponta para um círculo restrito e concreto de agentes: os comerciantes, as pessoas que exercem profissionalmente uma determinada actividade económica. Se a lei visasse a punição da generalidade dos devedores teria omitido tal expressão, indicando, simplesmente, que seria punido quem, com grave negligência, criasse um estado de insolvência²⁶⁵. O devedor não comerciante só poderá ser sujeito deste crime quando a situação de insolvência resulte “por grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas”²⁶⁶.

O artigo 228º, nº 1, al. b) prevê a punição do devedor que “tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação”. Esta alínea incrimina uma omissão pura, a abstenção de requerer providências, promovendo para o empresário o dever de requerer estas, isto é, o devedor que tivesse conhecimento das suas dificuldades económicas e financeiras teria o dever de requerer a aplicação de providências sob pena de responder criminalmente. Esta previsão era, assim, pensada para o tempo em que a recuperação da empresa era o fim predominante e principal do processo de insolvência, nomeadamente, quando o CPEREF vigorava no nosso ordenamento jurídico.

Todavia, durante a vigência daquele, Pedro Caeiro afastava tal resultado interpretativo, indicando que “se a lei civil impõe o dever de apresentação do devedor insolvente *apenas quando tenha cessado pagamentos* e, mais do que isso, apenas quando essa cessação de pagamentos seja não só indiciadora, mas efectivamente resultado da sua situação de

²⁶⁴ Neste sentido, vide: CAEIRO, Pedro, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, ob. cit., p. 212.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 211.

²⁶⁶ O presente estudo não visa um comentário íntegro às diferentes expressões previstas no tipo-ilícito do crime de insolvência negligente, como tal, para um estudo do entendimento da conduta: “grave incúria ou imprudência”, “prodigalidade e as despesas manifestamente exageradas”, “especulações ruinosas” ou “grave negligência no exercício da sua actividade”, consulte: CAEIRO, Pedro, *Comentário aos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores)*, ob. cit., pp. 436 e ss.; MALAFAIA, Joaquim, *A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do Código Penal*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11, nº 2, 2001, pp. 237 e ss..

insolvência, então dificilmente se compreenderia que a lei penal fosse mais longe na protecção de interesses que justificam o dever de apresentação e impusesse ao insolvente que se apresentasse em juízo *imediatamente* após o conhecimento da insolvência, *ainda que não tivesse cessado pagamentos*, sob pena de estar a cometer um crime²⁶⁷, optando, então, por interpretar o dispositivo normativo, à época ainda consagrado no artigo 326º, nº 2 e prevendo não só a recuperação de empresas como a apresentação à falência²⁶⁸, como a necessidade de cumprir esse dever no prazo legalmente previsto.

Considerando apenas a história recente deste preceito, a punição desse comportamento tinha sido introduzido no nosso ordenamento jurídico pelo DL 132/93, sendo que, dois anos depois, com a revisão do CP de 1995 foi eliminada. Contudo, o seu percurso conturbado não findou nesse momento, tendo sido reintroduzida pela Lei 65/98, com a diferença que a não apresentação do devedor à insolvência já não possui qualquer relevância jurídico-penal.

Em 1999, o mesmo autor, Pedro Caeiro, no comentário ao artigo 228º do CP, defendeu que a reintrodução da alínea b, de um ponto de vista político-legislativo, era negativo, sendo que o preceito era susceptível das mesmas críticas que anteriormente se teriam efectuado. Nomeadamente, o facto do regime civilista conferir ao devedor insolvente a faculdade de requerer uma providência de recuperação, sem impor qualquer dever, sendo que “não se compreende que alguém seja punido por não aproveitar uma faculdade cujo exercício se encontra, por definição, sujeito ao seu arbítrio”²⁶⁹. Concluía, portanto, pela insustentabilidade da continuidade da norma no plano político-criminal, classificando-a como incongruente e até materialmente inconstitucional, uma vez que violaria o princípio da necessidade da lei penal prevista no artigo 18º da CRP, e o princípio da legalidade, consagrado no artigo 29º, nº 1 do mesmo diploma.

Com a introdução do CIRE no ordenamento jurídico português em 2004, a recuperação da empresa perdeu o seu papel de fim central do processo de insolvência, sendo atribuída a primazia à vontade dos credores que, no âmbito de um plano de insolvência e, se assim o desejassem, poderiam adoptar medidas de recuperação de empresa. O CIRE retirou ao

²⁶⁷ CAEIRO, Pedro, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, ob. cit., p. 216.

²⁶⁸ Anterior à remodelação do CP imposta pelo DL n.º 48/95, de 15/03.

²⁶⁹ CAEIRO, Pedro, *Comentário aos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores)*, ob. cit., p. 441.

devedor não insolvente a legitimidade para requerer uma providência e, desse modo, recuperar a sua empresa em situação económica e financeira difícil. Contudo, a essa alteração não correspondeu a revogação expressa da al. b) do n° 1 do artigo 228° do CP, o que só podemos entender como puro esquecimento por parte do legislador nacional, visto que tal alínea foi destituída de objecto. O único dever que impende sobre o devedor, com o CIRE de 2004, é o da apresentação à insolvência nos 60 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, previsto no artigo 18°, mas substituir o dever de requerer providências quando o devedor toma conhecimento das dificuldades económicas e financeiras por aquele seria violador do princípio da legalidade, sendo necessário concluir pela sua revogação tácita em 2004.

Todavia, em 2012, institui-se os processos de revitalização e de recuperação. Com efeito, por um lado, o DL 178/2012, de 3 de Agosto, consagra o SIREVE, legitimando as empresas em situação económica difícil ou numa situação de insolvência iminente ou actual a recorrer a este procedimento de recuperação extrajudicial mediante a tentativa de alcançar um acordo com todos ou alguns dos credores, que representem no mínimo 50% do total das dívidas da empresa, sendo que a obtenção desse acordo se estabelece com a mediação de uma entidade pública, o Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação, I. P.. Por outro lado, no próprio CIRE é introduzido o processo especial de revitalização, previsto no artigo 17°-A e ss., que permite ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja susceptível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização. Face a estas alterações, temos que questionar, tendo em consideração que a alínea b) do n° 1 do artigo 228° foi tacitamente revogada, como defendemos, em 2004, se a norma penal em causa ganhou um novo conteúdo.

Acreditamos, em concordância com o defendido por Miguel Pestana de Vasconcelos, Pedro Careiro²⁷⁰ e Paulo Pinto de Albuquerque²⁷¹, que não. Apesar do novo regime previsto quanto à recuperação de empresas, esta norma mantém um sentido incompreensível, visto continuar a consagrar um dever penal para o empresário quando o

²⁷⁰ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, CAEIRO, Pedro, *As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução)*, *ob. cit.*, p. 542.

²⁷¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, *ob. cit.*, p. 710.

regime civilista prevê uma mera faculdade. Na realidade, o titular de uma empresa em situação económica difícil ou numa situação de insolvência iminente ou actual pode recorrer a um dos institutos jurídicos previstos, não estando obrigado a fazê-lo. Esta obrigação recorria não do próprio regime que prevê as figuras jurídicas, mas da lei penal. Assim, do ponto de vista do direito da insolvência, o devedor que não requeira o estabelecimento de negociações com os seus credores, não actua ilicitamente.

Certamente que ao não recorrer a estes institutos, poderá o devedor comportar-se com grave incúria ou com imprudência ou até com negligência grave, contudo para ser punido nestes termos, ter-se-ão que verificar os pressupostos dessas condutas típicas. Recorrendo mais uma vez às palavras de Pedro Caeiro, “punir o devedor porque não requereu uma providência de recuperação não é a mesma coisa do que puni-lo porque essa omissão constituiu, em concreto, uma incúria ou uma imprudência grave que conduziu à insolvência”²⁷²; expressão que mantém actualidade, apesar das diferenças patentes do regime do direito da insolvência.

O direito penal, como por já várias vezes referimos no âmbito do presente trabalho, é um direito de intervenção em *ultima ratio*, subsidiário, destinado a tutelar bens jurídicos. Tendo em consideração o bem jurídico que defendemos que estes crimes tutelam no seguimento de inúmeros autores, não se visualiza como a omissão desta conduta pode afectar, em concreto, o património dos credores, sendo que uma norma em que não é visível qualquer tutela de um bem jurídico, é materialmente inconstitucional, por violação do princípio da necessidade previsto no artigo 18º da CRP.

Ademais, o legislador toma a incompreensível opção de punir penalmente a conduta do devedor que com conhecimento das dificuldades económicas e financeiras não requere as providências de recuperação, mera faculdade, enquanto o único dever que recai sobre o devedor, nos termos do regime civilista, não seria punido, isto é, o incumprimento do dever de requerer a declaração de insolvência dentro dos 30 dias após a data do conhecimento da situação de insolvência não seria punido. Mais uma vez, punir a conduta menos gravosa e deixar a conduta mais grave impune não é uma opção compreensível.

²⁷² CAEIRO, Pedro, *Comentário aos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores)*, ob. cit., p. 441.

Mas estes não são os únicos obstáculos que emergem deste preceito normativo: o que se poderá entender com “dificuldades económicas e financeiras da empresa” ou com requerer “em tempo” uma providência de recuperação. Quanto à primeira expressão, caracterizável como vaga, imprecisa e perigosa, especialmente, no quadro de direito penal, talvez fosse possível atribuir um sentido recorrendo ao direito da insolvência e, concretamente, aos critérios de determinação da situação de insolvência; quanto ao segundo, determinar o momento em que o suposto dever surge é tarefa impossível. Como determinará o tribunal se o requerimento foi realizado ou não em tempo? Face a indeterminação patente de tal preceito, este é considerado materialmente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade contida no artigo 29º da CRP²⁷³.

Assim, apesar das alterações verificadas no ordenamento jurídico português, uma intervenção do legislador nacional ou a declaração de inconstitucionalidade da referida al. b) são indispensáveis.

3.4. O crime de favorecimento dos credores

O artigo 229º consagra que a punição, com uma pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias²⁷⁴, o devedor que, “conhecendo a sua situação de insolvência ou prevendo a sua iminência e com intenção de favorecer certos credores em prejuízo de outros, solver dívidas ainda não vencidas ou as solver de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais, ou der garantias para suas dívidas a que não era obrigado”. Preceito normativo que possui como agente do crime aqueles que de facto exercem a gestão da pessoa colectiva, nomeadamente os administradores e dirigentes empresariais²⁷⁵.

Da leitura do dispositivo legal resulta que ao devedor insolvente ou na iminência da insolvência não basta que efectue pagamentos a alguns credores em detrimento de outros.

²⁷³ Todos os argumentos apresentados seguem de perto a opinião doutrinária de Pedro Caeiro, apenas se procedendo à indispensável actualização face à evolução do regime jurídico-civilista do direito da insolvência, deste modo, consulte: CAEIRO, Pedro, *Comentário aos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores)*, *ob. cit.*, pp. 438-443.

²⁷⁴ Por força do artigo 23º, nº 1 CP, a tentativa de um crime de favorecimento de credores não é punível.

²⁷⁵ Mas opostamente ao previsto no artigo 227º, estando em causa um crime específico não há preenchimento do tipo se for um terceiro a praticar algum dos factos com o conhecimento ou em benefício do devedor (o nº 2 do artigo 229º remete exclusiva e intencionalmente para o nº 3 do artigo 227º e não para o seu número 2).

É indispensável que uma das três seguintes situações se verifique: o pagamento de dívidas não vencidas, a solvência de dívidas por modo distinto do pagamento em dinheiro ou em valores usuais ou, por último, a prestação de garantias a que não era obrigado. O crime de favorecimento de credores assume uma natureza formal, não exigindo a lei para a sua consumação qualquer resultado, seja o favorecimento de um credor, seja o prejuízo dos restantes. Todavia, isso não afasta que as prestações efectuadas se dirijam a um credor que usufrua desse estatuto jurídico ao tempo da prática da conduta do favorecimento.

O crime de favorecimento de credores só é tipicamente relevante quando se verificar o conhecimento, por parte do devedor, da situação de insolvência existente²⁷⁶ ou quando aquela for prevista, segundo as regras da experiência comum e considerando os seus concretos conhecimentos, como iminente. Esta última, a que o artigo se reporta, não se reporta a uma situação de insolvência em que o processo de declaração da mesma já foi despoletado. O legislador antecipou a tutela penal para um momento anterior em que a situação de insolvência é previsível, tendo em consideração a situação financeira, económica e patrimonial do devedor. Como indica Pedro Caeiro, ao antecipar a tutela o legislador pretendeu abranger a ocorrência de “prestações incongruentes” que “podem provocar o défice e, deste modo, realizar o perigo que se quer prevenir”²⁷⁷. O acórdão do TRP²⁷⁸ é, extraordinariamente, claro quando estatui que “se um indivíduo acumula dívidas, que persiste em não pagar, se estas dívidas vão gerando outras tantas execuções, que também não são solvidas, se o indivíduo tem uma situação financeira deficitária e se o património conhecido é manifestamente insuficiente para pagar todas aquelas dívidas, já declaradas, é manifesto que a insolvência é iminente. É iminente para o senso comum e é-o também para a lei”. A prática de uma das condutas previstas fora de situação de insolvência, declarada ou iminente, obviamente não necessita de tutela penal, uma vez que o devedor possuirá os meios necessários para ressarcir os direitos de todos os credores.

Analogamente ao sucedido no crime de insolvência dolosa, o crime de favorecimento de credores é um crime de intenção, distanciando-se apenas na intenção exigida. O artigo 229º

²⁷⁶ A situação de insolvência reporta-se, de grosso modo, à verificação de um défice patrimonial, correspondente à impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas (artigo 3º, nº 1 do CIRE) ou, no caso concreto das pessoas colectivas, quando o activo for manifestamente inferior ao passivo (artigo 3º, nº 2 do CIRE).

²⁷⁷ CAEIRO, Pedro, *Comentário aos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores)*, *ob. cit.*, p. 450.

²⁷⁸ Acórdão de 29 de Junho de 2011, consultável em: www.dgsi.pt.

exige o intento de favorecer certos credores em prejuízo de outros, estando em causa, portanto, condutas que prejudicam e ofendem somente os direitos de alguns credores.

A primeira conduta prevista na acção típica pune o pagamento de dívidas, indiferentemente de serem pecuniárias ou não, antes do seu vencimento, sendo, portanto, indispensável recorrer ao regime jurídico civil para verificar se o cumprimento de determinada obrigação é ou não exigível. Ora, nas palavras de Pedro Caeiro, “o mero pagamento de dívidas já vencidas nunca preenche o tipo, ainda que o devedor se encontre já numa situação de insolvência por si conhecida”²⁷⁹. O devedor que esteja em risco de insolvência, se pagar a um dos credores não se encontra obrigado a pagar aos restantes ou, no caso de pagar parcialmente uma determinada dívida, pagar as restantes na mesma proporção. Com efeito, um devedor, na situação mencionada, com vista à sua recuperação económica, pode ter necessidade de privilegiar a satisfação de determinadas dívidas, nomeadamente o pagamento a fornecedores de bens ou de produtos essenciais à prossecução da sua actividade comercial, desfavorecendo outros credores que não possuem aptidão para paralisar essa mesma actividade²⁸⁰.

Em segundo lugar, no que respeita à solvência de dívidas por modo distinto do pagamento em dinheiro ou em valores usuais, defende Lopes do Rego²⁸¹, que esta segunda conduta incluiria não só as obrigações não vencidas, como também as já vencidas, pois a restrição da conduta àquelas resultaria na inutilidade de tal previsão já que sempre estariam incluídas na primeira conduta mencionada. O mesmo se poder indicar para a terceira conduta consagrada: a constituição de garantias, visto estes dois comportamentos demonstrarem uma maior proximidade, abrangendo tanto as dívidas vencidas como as não vencidas²⁸².

²⁷⁹ CAEIRO, Pedro, *Comentário aos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores)*, *ob. cit.*, p. 451.

²⁸⁰ Neste sentido, vide: o Acórdão do TRG, de 22 de Fevereiro de 2010, disponível para consulta em: www.dgsi.pt.

²⁸¹ REGO, Carlos Francisco Lopes do, *Dos crimes contra direitos patrimoniais (artigos 324.º a 328.º)*, in: *Crimes contra o património em geral. Notas ao Código Penal: artigos 313.º a 328.º*, Lisboa: Rei dos Livros, 1983, p. 125.

²⁸² Esta posição não é unanimemente defendida pela doutrina, designadamente Victor Pereira e Alexandre Lafayette, no seu comentário ao artigo 229º defendem que “aqui cabem os casos em que se pagam *dívidas vencidas* “através de objecto diferente do devido e de maior valor que este””, posição com a qual como indicámos não podemos concordar (PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal anotado e complementado*, *ob. cit.*, p. 614).

O pagamento, incluído naquela segunda conduta, constitui a entrega de um objecto, o que significa que a punição “assenta não no meio escolhido - que, é irrelevante – mas sim na diminuição do património líquido do devedor que essa disposição acarreta”²⁸³, implicando uma dispersão de bens que diminui as garantias dos credores. Em termos sucintos, o âmbito de tutela consistirá no património globalmente considerado como meio último de garantia de credores que não deverá ser alvo de actos que o prejudiquem e não o objecto com que se efectua o pagamento da dívida. Não basta, portanto, a simples saída de bens ou de valores da esfera patrimonial do devedor por modo distinto do pagamento em dinheiro ou valores usuais, exige-se que essa saída represente uma diminuição do património.

Por fim, quanto à constituição de garantias a que não era obrigado, a expressão dar garantia é entendida como “prestar um reforço juridicamente relevante à posição do credor”²⁸⁴, sem ser necessário que desse acto resulte um prejuízo para o património, tendo aquelas que ser prestadas pelo próprio devedor e não por um terceiro. A expressão “a que não era obrigado” não é clara, visto que com excepção das garantias que resultem de constituição legal ou judicial, as restantes resultam do livre arbítrio do devedor. Assim e na procura de um sentido útil para a expressão, analisar-se-á, caso estejamos perante uma prestação posterior ao surgimento da dívida, a sua congruência face à situação de risco de insolvência em que o devedor se encontra e, no caso de ser contemporânea, o preenchimento do tipo se for dada com o intuito de reforçar a posição de um credor no confronto com os restantes²⁸⁵.

4. Da problemática temática da prescrição

A instrução e o julgamento dos crimes insolvenciais processam-se nos termos da lei de processo penal, sendo este o teor do artigo 299º do CIRE. Como mencionado aquando da

²⁸³ CAEIRO, Pedro, *Comentário aos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores)*, ob. cit., p. 452.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 453.

²⁸⁵ Neste sentido, vide: CAEIRO, Pedro, *Comentário aos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores)*, ob. cit., p. 453 e CAEIRO, Pedro, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, ob. cit., pp. 222 e ss..

explanação do regime civilista do direito da insolvência, o juiz do processo de insolvência está vinculado a, logo que tenha conhecimento de factos que indiciem a prática de quaisquer dos crimes previstos nos artigos 227º a 229º do CP²⁸⁶, dar conhecimento da ocorrência ao Ministério Público, de modo a que este possa dar início ao processo penal. Se do requerimento inicial constar denúncia de uma insolvência dolosa²⁸⁷, negligente ou situação em que exista favorecimento de credores, o juiz, em audiência de julgamento para declaração daquela, ouve as testemunhas sobre os factos alegados, lavrando-se acta dos seus depoimentos sobre a respectiva matéria. Da própria sentença que declara a situação de insolvência consta a ordem de remessa ao Ministério Público da certidão desses depoimentos, conjuntamente com outros elementos existentes no processo que sejam considerados relevantes (nos termos do artigo 297º e 36º, nº 1, al. h) do CIRE)²⁸⁸. Deste dispositivo normativo extrai-se o propósito de autonomizar o processo penal do processo de insolvência, sem, com isso, impossibilitar o aproveitamento de dados recolhidos neste último para a investigação daquele.

Da redacção destes artigos poder-se-ia retirar a suficiência da remessa, pelo Tribunal de insolvência, da sentença de declaração judicial daquela sem mais nenhuma indicação. Uma comunicação efectuada nestes termos perde, parcialmente, o valor que poderia ter, visto que o Ministério Público vê-se confrontado com uma sentença, mas desconhece, ao certo, os factos que indiciam a prática do crime. Com o fim de facilitar e agilizar a cooperação entre diferentes entidades seria adequado e, até, necessário fixar alguns critérios e requisitos para a remessa da sentença.

²⁸⁶ O âmbito de aplicação do artigo 297º do CIRE são, em exclusivo, os crimes insolvenciais, aos quais, porventura, se deverá acrescentar o artigo 229º-A que não foi incluído, apenas por aquilo que se considera falta de rigor num plano de técnica legislativa. Neste sentido decidiu o TRL, no acórdão de 9 de Novembro de 2010 (consultável em: www.dgsi.pt), ao afirmar que não compete ao juiz da insolvência dar conhecimento ao Ministério Público de uma denúncia feita pelo devedor insolvente no processo, mediante requerimento e relacionada com factos de terceiro, praticados em seu prejuízo e que o denunciante pretende ver integrados no crime de usura, previsto no artigo 226º do CP.

²⁸⁷ O artigo 297º, nº 2, restringe o seu âmbito de aplicação aos casos em que a denúncia foi efectuada no requerimento inicial, sendo que só verificando-se tal ocorrência serão as testemunhas ouvidas na audiência de julgamento para declaração da insolvência sobre os factos constantes nele sobre a matéria criminal. Deste modo, esta audição limita-se às situações em que o processo é instaurado por iniciativa de um credor ou outro legitimado e o devedor insolvente deduz oposição, pois apenas nesta situação existe audiência de julgamento.

²⁸⁸ Por sua vez, ao Tribunal de insolvência deve ser remetida a certidão do despacho de pronúncia ou não pronúncia, do despacho de acusação ou não acusação, da sentença e dos acórdãos proferidos no processo penal, devendo tal remessa ser ordenada na própria decisão proferida no processo penal (artigo 300º do CIRE).

Indica-nos o artigo 298º do CIRE, que a declaração de insolvência interrompe o prazo de prescrição do procedimento criminal. Ora, importa dilucidar qual então o termo inicial a ter em conta para o início de contagem do prazo. O artigo 119º do CP estatui que o prazo prescricional corre desde o dia em que o facto se tiver consumado, sendo importante determinar o momento em que o crime insolvencial se consumou.

As condutas previstas nos crimes insolvenciais, como por várias vezes já referimos, só são puníveis se existir reconhecimento judicial da situação de insolvência (condição objectiva de punibilidade). A ausência deste acto judicial resulta na presunção pelo legislador da inexistência de uma ofensa digna de tutela penal em consideração pelo bem jurídico protegido. Assim, sem o reconhecimento judicial da insolvência, o agente não pode ser sequer perseguido pelo crime e, se assim é, iniciar a decorrer o prazo prescricional do crime antes da declaração de insolvência seria ilógico e a tal obsta o consagrado na al. a) do nº 1 do artigo 120º do CP. Nos termos deste artigo, a prescrição do procedimento criminal suspende-se durante o tempo em que o procedimento criminal não puder legalmente iniciar-se por falta de sentença a proferir por tribunal não penal. Assim sendo, independentemente da data em que os actos integradores do crime de insolvência foram praticados, só a partir da declaração judicial da insolvência começaria a decorrer o prazo prescricional.

Todavia, o regime consagrado no artigo 298º do CIRE distancia-se dessa conclusão ao estatuir que o prazo prescricional começa a correr a partir do momento da prática do acto integrador do crime, sendo interrompido com a declaração da insolvência. Duas soluções opostas consagradas por diferentes ramos jurídicos.

Apesar do consagrado no CIRE, entendemos que aquela primeira solução é a mais adequada, aplicando-se, portanto, as normas prescricionais previstas no CP, não defendendo a existência da derrogação destas últimas com a entrada em vigor do CIRE. Esta solução é a que melhor se adequa, uma vez que iniciar a contar o prazo de prescrição num momento em que ainda não é possível iniciar o inquérito judicial, por nem todas as condições exigidas no ilícito-típico estarem preenchidas, seria ilógico e contrário à ideia de justiça penal. Se assim não o entendêssemos estaríamos a defender que determinado prazo para iniciar o processo penal seria antecedente à própria constituição do crime, que só se verifica com a mencionada declaração judicial. Esta é a opção que a maioria da

jurisprudência tem defendido, nomeadamente nos Acórdãos do TRC de 16 de Novembro de 2011 e de 2 de Outubro de 2013²⁸⁹.

²⁸⁹ Disponíveis para consulta em: www.dgsi.pt.

CAPÍTULO V

CONCLUSÃO

Atravessamos uma época de profunda sensibilidade para questões económicas. A crise económica e a inesperada ruína de grandes empresas societárias, estrangeiras e nacionais, por todos vivenciada, trouxe uma importância renovada na discussão da regulação da nova economia e, neste âmbito, sobre a efectiva responsabilidade de administradores, gerentes e directores das sociedades. O estatuto dos administradores, a sua função e os seus deveres estão, cada vez mais, sobre intenso escrutínio. Neste contexto, a responsabilidade penal dos administradores, no exercício das suas funções, designadamente por crimes societários e por crimes de insolvência, é um tema da maior actualidade, no entanto, o percurso investigatório por nós efectuado levanta mais problemas do que obtém soluções.

Como podemos observar, apesar do Ordenamento Jurídico consagrar um leque generoso de soluções em matéria de responsabilidade criminal dos dirigentes societários, a verdade é que o regime consagrado é pautado por inúmeras problemáticas que dificultam a sua aplicação prática que, em certos casos, é, até, inexistente.

Independentemente de algumas das formas de responsabilização criminal terem um carácter mais dissuasor do que propriamente ressarcitório, a efectiva punibilidade de tais condutas é fulcral para a existência de um real controlo da actividade societária. A simples previsão legislativa de múltiplos crimes, em que se tutela um bem jurídico digno de protecção penal, não é suficiente, é necessário que na prática exista repercussões, sendo

que para tal é premente a intervenção atenta e cuidada do legislador nacional, modificando e adaptando o regime jurídico previsto. Como podemos observar, tanto ao nível do direito penal societário como do direito penal de insolvência, o legislador necessita de intervir, seja expurgando algumas condutas materialmente inconstitucionais por violação do princípio da necessidade, seja efectuando pequenas correcções no regime jurídico penalista.

Apesar da estreita conexão do Direito Penal com matérias de Direito Civil, na sua vertente societária ou insolvencial, aquele ramo de Direito não perde a sua autonomia e independência, sob pena de coarctar princípios basilares e orientadores que constituem o verdadeiro alicerce, a raiz fundamentaria de todo o direito penal. Na ânsia de punir o dirigente ou o administrador empresarial a quem se atribui, face aos riscos inerentes à actividade empresarial e à subsequente prossecução de fins específicos, uma função de garante da tutela dos bens jurídicos, sendo-lhes imputado um dever de agir de maneira a proteger e/ou controlar as fontes de perigo, não se poderá descartar o carácter de intervenção de *ultima ratio* do ramo de direito ora objecto de estudo.

Contudo, este deve actuar, sendo que tanto no âmbito do direito penal societário como no direito penal de insolvência, a sua actuação, na generalidade das condutas, encontra-se fundamentada pela existência de um bem jurídico digno de tutela. A percepção de que a intervenção do direito penal só redundaria na emergência de embaraços e obstáculos à iniciativa dos dirigentes empresariais, que passariam a evitar qualquer género de risco, contrariando o espírito empreendedor inerente à função, encontra-se ultrapassada. É evidente que as sanções consagradas por outros ramos jurídicos são insuficientes para fazer face a certas operações societárias, aparentemente normais porque decorrem no seio societário, em que muitas vezes o seu fim e os verdadeiros autores são difíceis de descortinar, sendo tal dificuldade, geralmente, proporcional à gravidade do acto em questão. A intervenção estadual é, assim, necessária, especialmente no apuramento das soluções jurídicas já consagradas, mas em muito desadequadas às necessidades da sociedade actual.

É manifestamente insuficiente o desejo de “apurar responsabilidades” dos administradores, como vezes sem conta se lê em meios de comunicação social de cada vez que mais um escândalo económico rebenta. Mais importante do que querer, é

efectivamente apurá-las recorrendo aos meios judiciais adequados para os fazer, em que as garantias de defesa dos arguidos são asseguradas, esquecendo os actuais e comuns “julgamentos em praça pública” que a comunicação social efectua diariamente.

A responsabilidade penal não pode ser confundida com a responsabilidade moral e política como tantas vezes sucede com a presença inquieta dos media. A responsabilidade é pessoal, o administrador responderá apenas quando o facto ilícito lhe é imputável quer objectiva, quer subjectivamente, sendo que a crença no sistema judiciário, no âmbito dos crimes ora em estudo, tem obrigatoriamente que passar pela seriedade no desenvolvimento do inquérito judicial e correspondente processo.

As soluções para a efectiva responsabilização penal do dirigente empresarial já se encontram, em grande medida, consagradas no nosso ordenamento jurídico, agora competirá ao legislador apurar as medidas jurídicas consagradas, à doutrina reflectir sobre elas e à jurisprudência e outras instâncias formais colocá-las em prática, de modo a alcançar os fins que pautam toda a actuação do direito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, 4ª edição, Coimbra: Almedina, 2013.

–, *Governança das sociedades comerciais*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2010.

–, *Providências de recuperação de empresas e falência: apontamentos de direito português*, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 74, 1998, pp. 107-129.

–, *Recuperação de empresas em processo de insolvência*, in: *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, volume II: *Direito Privado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 9-29.

–, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos, nº 5, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2010.

ACHENBACH, Hans, *Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán*, in: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (ed.); SCHÜNEMANN, Bernd (coord.), DIAS, Jorge de Figueiredo (coord.),

Fundamentos de un sistema Europeo del derecho penal, Barcelona: J. M. Bosch, 1995, pp. 381-407.

ALBERGARIA, Pedro Soares de, *A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade da empresa*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, n.º 4, 1999, pp. 605-626.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed. Actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

ALBUQUERQUE, Pedro, *Declaração da situação de insolvência*, in: *O Direito*, ano 137, n.º III, 2005, pp. 507-525.

ALMEIDA, Carlota Pizarro, VILALONGA, José Manuel, d'ALMEIDA, Luís Duarte, PATRÍCIO, Rui, *Código penal: anotado*, Coimbra: Almedina, 2003.

AMBOS, Kai, *Dominio por organización. Estado de la discusión*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano, volume 68, 2007, pp. 69-111.

ANDRADE, Belmiro, *Particularidades da investigação – meios especiais de obtenção e valorização da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira*, in: *Jurisdição Penal e Processual Penal, Jurisdição do Trabalho e da Empresa, Acções de formação – 2011-2012, Textos Dispersos, Colecção: Acções de Formação, Centro de Estudos Judiciários*, pp. 7- 17 (disponível para consulta em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Jurisdicao_Penal_Trabalho.pdf?id=9&username=guest).

BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro, *Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais*, in: *Revista de Direito e Economia*, ano 3, n.º 2, Julho-Dezembro de 1977, pp. 267-299.

BELEZA, Teresa Pizarro, *A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever titularidade versus domínio de facto?*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, fascículo 3, Julho-Setembro, 1992, pp. 337-351.

–, *Ilicitamente participando – o âmbito de aplicação do art.º 28.º do Código Penal*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, Coimbra, 1988.

CAEIRO, António, *Princípios fundamentais da reforma do direito das sociedades comerciais*, in: Textos – Sociedades Comerciais, 1994/1995, Centro de Estudos Judiciários e Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, pp. 9-37.

CAEIRO, Pedro, *A responsabilidade dos gerentes e administradores por crimes falenciais na insolvência de uma sociedade comercial*, in: Colóquio “Os quinze anos de vigência do Código das Sociedades Comerciais”, Auditório Luís Viegas Nascimento: 19 e 20, 26 e 27 de Outubro 2001, Coimbra: Fundação Bissaya Barreto, Instituto Superior Bissaya Barreto, 2003, p. 85-99.

–, *Comentário aos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores)*, in: Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial, dir. Jorge de Figueiredo Dias, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 407-456.

–, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CAEIRO, Pedro, SOUSA, Susana Aires de, *Economic criminal law in the portuguese legal system: na overview*, in: Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht, 2005, pp. 19-27.

CAMARGO, Beatriz Corrêa, *Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial*, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 21, volume 102, 2013, pp. 365-393.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário ao artigo 224º (infidelidade)*, in: Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial, dir. Jorge de Figueiredo Dias, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 362-372.

CARVALHO, José Tomé de, *Direito penal societário*, in: Julgar, n.º 9, 2009, pp. 203-232.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

Código das sociedades (projecto), in: Boletim do Ministério da Justiça, n.º 327, 1983, pp. 43-339.

CONDE, Francisco Muñoz, *La autoría mediata por domínio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado*, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 21, volume 100, 2013, pp. 175-210.

–, *La superacion del concepto objetivo-formal de autoria y la estructura de las organizaciones empresariales*, in: Lusíada, Direito, n.º 3, 2005, pp. 55-67.

CONLLEDO, Miguel García y Díaz, “*Coautoría*” alternativa y “*coautoría*” aditiva: *¿Autoría o participación? – Reflexiones sobre el concepto de coautoría*, in: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (ed.), Política criminal y nuevo derecho penal: Libro-homenaje a Claus Roxin, Barcelona: José María Bosch, 1997, pp. 295-330.

CORDEIRO, António Menezes, *Introdução*, in: Código das Sociedades Comerciais Anotado, coord. António Menezes Cordeiro, 2ª edição (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2012, pp. 37-59.

–, *Introdução ao Direito da Insolvência*, in: O Direito, ano 137, n.º III, 2005, pp. 465-506.

–, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*, in: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, 2, 2006, pp. 443-488.

CORREIA, Eduardo, *Introdução ao Direito Penal Económico*, in: Revista de Direito e Economia, Ano 3, n.º 1, Janeiro-Junho, 1977, pp. 3-35.

COSTA, José de Faria, *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, fascículo 4, Outubro-Dezembro, 1992, pp. 537-559.

–, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis): introdução, a doutrina geral da infracção [a ordenação fundamental da conduta (facto) punível; a conduta típica (o tipo); a conduta ilícita (o ilícito)]*, 3ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

COSTA, Miguel João de Almeida, *A fraude fiscal como crime de aptidão. Facturas falsas e concurso de infracções*, in: *Miscelâneas*, nº 6, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, pp. 185-254.

COSTA, Ricardo, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*, in: *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 157-187.

COSTEIRA, Maria José, *O Código da insolvência e da recuperação de empresas revisitado*, in: *Miscelâneas*, nº 6, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, pp. 49-94.

CUNHA, José M. Damião da, *Algumas reflexões críticas sobre a omissão imprópria no sistema penal português*, in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 481-539.

DIAS, Augusto Silva, *“Delicta in se” e “Delicta mere prohibita” – uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

–, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: parte geral*, Tomo 1: *questões fundamentais; a doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

–, *La instigación como autoría. ¿Un requiem por la “participación” como categoría de la dogmática jurídico-penal portuguesa?*, in: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas, 2005, pp. 342-362.

–, *Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa*, in: O novo Código Penal português e legislação complementar, fase 1, Jornadas de Direito Criminal, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 39-83.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*, in: Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 262, Lisboa: Ministério da Justiça, 1977.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara, *¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas*, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 68, 2007, pp. 141-181.

DOMINGUES, Paulo de Tarso, *O novo regime do capital social nas sociedades por quotas*, in: Direito das Sociedades em Revista, ano 3, volume 6, Outubro 2011, pp. 97-123.

–, *Variações sobre o capital social*, Coimbra: Almedina, 2009.

DOMINGUES, Paulo de Tarso, SOUSA, Susana Aires de, *Os crimes societários: algumas reflexões a propósito dos artigos 509.º a 526.º do Código das Sociedades Comerciais*, in: Infracções económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, coord. José Neves Cruz, Carla Cardoso, André Lamas Leite e Rita Faria, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 505-515.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de direito da insolvência*, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2013.

ESTEVES, Maria José, AMORIM, Sandra Alves, VALÉRIO, Paulo, *Código da insolvência e da recuperação de empresas: anotado, Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março (actualizado até à Lei n.º 66-B/2012 de 31 de Dezembro)*, 3ª edição, Porto: Vida Económica, 2013.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 2ª edição, Lisboa: Quid Juris, Sociedade Editora Lda, 2013.

–, *Colectânea de estudos sobre a insolvência*, Lisboa: Quid Juris, Sociedade Editora Lda, 2009.

FERNANDES, Gabriela Páris, *O crime de distribuição ilícita de bens da sociedade*, in: *Direito e Justiça*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, tomo 2, volume 15, 2001, pp. 231-331.

FERNANDEZ-BERTIER, Michaël, *The extension of the Belgian criminal transaction as a new mean to fight economic and financial crime: towards the establishment of plea bargaining?*, in: *Infracções económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, coord. José Neves Cruz, Carla Cardoso, André Lamas Leite e Rita Faria, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 493-503.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal: parte geral*, Lisboa: Almedina, 2010.

FRADA, Manuel Carneiro da, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, 2, 2006, pp. 653-702.

–, *O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?*, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, volume 8, Outubro 2012, pp. 65-74.

GODINHO, Inês Fernandes, *A actuação em nome de outrem em Direito Penal Económico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho*, in: *Temas de Direito Penal Económico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código penal português: anotado e comentado – legislação complementar*, 18ª edição, Coimbra: Almedina, 2007.

GONZALEZ, Carlos Suarez, *Capítulo XIII – De los delitos societários*, in: *Comentarios al Código Penal*, dir. Gonzalo Rodrigues Mourullo, coord. Augustin Jorge Barreiro, Madrid: Editorial Civitas, 1997, pp. 832-851.

JIMÉNEZ, Antonio Moya, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 5.ª edição, Barcelona: Bosch, 2006.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Código da insolvência e da recuperação de empresas: anotado*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2013.

–, *Direito da Insolvência*, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2013.

LEITE, André Lamas, *Introdução aos estudos jurídicos*, in: *Infracções económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, coord. José Neves Cruz, Carla Cardoso, André Lamas Leite e Rita Faria, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 389-399.

MACHADO, Miguel Pedrosa, *Sobre a tutela penal da informação nas sociedades anónimas: problemas de reforma legislativa*, in: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume II: problemas especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 173-226.

MALAFAIA, Joaquim, *A insolvência, a falência e o crime do artigo 228º do Código Penal*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 11, nº 2, 2001, pp. 219-249.

MARTINS, Alexandre de Soveral, *A Responsabilidade dos Membros do Conselho de Administração por actos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva*, Boletim da Faculdade de Direito, 2002.

MATTA, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MENDES, Paulo de Sousa, *Título VII – Disposições penais e de mera ordenação social*, in: *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, coord. António Menezes Cordeiro, 2ª edição (revista e actualizada), Coimbra: Almedina, 2012, pp. 1333-1368.

–, *Responsabilidade criminal das sociedades comerciais*, in: *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, n.º 2, 1993, pp. 145-172.

MILITELLO, Vincenzo, *La responsabilidade jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia*, in: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (ed.); SCHÜNEMANN, Bernd (coord.), DIAS, Jorge de Figueiredo (coord.), *Fundamentos de un sistema Europeo del derecho penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1995, pp. 409-424.

NEVES, Andreia Martins, *Responsabilidade Penal dos Administradores das Sociedades*, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Março 2009.

PALMA, Maria Fernanda, *Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal*, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume XXXVI, 1995, pp. 401-415.

PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal anotado e complementado*, Lisboa: Quid Juris, Sociedade Editora, Lda., 2008.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján, *Los fenómenos de la expansión y de la reducción en el derecho penal económico*, in: Infracções económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, coord. José Neves Cruz, Carla Cardoso, André Lamas Leite e Rita Faria, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 402-420.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Crimes no sistema financeiro: o mapa legal e a adequação da tutela penal*, in: Infracções económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, coord. José Neves Cruz, Carla Cardoso, André Lamas Leite e Rita Faria, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 479-492.

–, *Falsificação de informação financeira nas sociedades abertas*, in: Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 16, Abril de 2003, pp. 99-135.

REGO, Carlos Francisco Lopes do, *Dos crimes contra direitos patrimoniais (artigos 324.º a 328.º)*, in: Crimes contra o património em geral. Notas ao Código Penal: artigos 313.º a 328.º, Lisboa: Rei dos Livros, 1983.

RIBEIRO, Maria de Fátima, *A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial*, in: O Direito, ano 142, n.º 1, 2010, pp. 81-128.

–, *A responsabilidade dos administradores na crise da empresa*, in: I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 391-413.

ROBALO, António Domingos Pires, *Código penal português: anotado, jurisprudência, legislação avulsa*, Lisboa: Livraria Petrony, Lda., 1997.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal*, in: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume II: problemas especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 481 e ss.

ROXIN, Claus, *Autoria mediata através de domínio da organização*, in: *Lusíada, Direito*, n.º 3, 2005, pp. 39-54.

–, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Tradução da 6ª edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1998.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español*, in: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (ed.); SCHÜNEMANN, Bernd (coord.), DIAS, Jorge de Figueiredo (coord.), *Fundamentos de un sistema Europeo del derecho penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1995, pp. 357-379.

SANTOS, Filipe Cassiano dos, FONSECA, Hugo Duarte, *Pressupostos para a declaração de insolvência no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in: *Cadernos de Direito Privado*, nº 29, Janeiro/Março de 2010, pp. 13-24.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volume XLI, 1988, pp. 529-558.

–, *Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación*, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volume LV, 2002, pp. 9-38.

SERRA, Catarina, *Alguns aspectos da revisão do regime de falência pelo DL. n.º 315/98, de 20 de Outubro*, in: *Scientia Iuridica*, nº 277 e 279, Janeiro-Junho de 1999, pp. 183-206.

–, *Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões*, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, volume 7, 2012, pp. 97-132.

–, *Entre Corporate Governance e Corporate Responsibility: deveres fiduciários e “interesse social iluminado”*, in: *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 211-258.

–, *Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

–, *Insolvência transfronteiriça – comentários à proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português*, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 5, volume 10, 2013, pp. 97-143.

–, *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, 4^a edição, Coimbra: Almedina, 2010.

SERRA, Teresa, *A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 5, fascículo 3-4, Julho-Dezembro, 1995, pp. 303-327.

–, *Actuação em nome de outrem no âmbito empresarial, em especial no exercício de funções parciais – observações breves*, in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 597-613.

SILVA, Germano Marques da, *Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – considerações gerais*, in: *Textos – Sociedades Comerciais*, 1994/1995, Centro de Estudos Judiciários e Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, pp. 39-49.

–, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa: Verbo, 2009.

SOUSA, Susana Aires de, *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o art.º 28.º do Código Penal*, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, volume 15, n.º 3, 2005, pp. 343-368.

–, *Algumas considerações sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial*, in: Systemas, Revista de Ciências Jurídicas e Económicas, volume 2, n.º 1, 2010, pp. 147-161.

–, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e da participação no contexto empresarial*, in: Separata de STVDIA IVRIDICA, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 1005-1037.

–, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12, n.º 1, 2002, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 49-72.

–, *Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais*, in: Direito das Sociedades em Revista, ano 5, volume 9, 2013, pp. 115-134.

SUBTIL, Raposo, ESTEVES, Matos, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – a responsabilidade civil e penal derivada da declaração de insolvência*, in: Vida Judiciária, n.º 80, Junho 2004, pp. 24-28.

TORRÃO, Fernando, *Societas delinquere potest? Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*, Coimbra: Almedina, 2010.

VALDÁGUA, Maria da Conceição, *Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?*, in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 651-672.

VASCONCELOS, Miguel Pestana de, *O novo regime insolvencial da compra e venda*, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano 3, 2006, pp. 521-559.

VASCONCELOS, Miguel Pestana de, CAEIRO, Pedro, *As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução)*, in: Infracções económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito, coord. José Neves Cruz, Carla Cardoso, André Lamas Leite e Rita Faria, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 529-544.

VIEIRA, Nuno da Costa Silva, *Insolvência e processo de revitalização: de acordo com a lei n.º 16/2012, de 20 de Abril*, Lisboa: Quid Juris?, Sociedade Editora Lda, 2012.

