

CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME VII \ n.º 3 \ novembro 2023

DOCTRINA

Marc Engelhart

University of Freiburg

João Pedro Barione Ayrosa

Mestrando em Direito pela Humboldt-Universität zu Berlin (Alemanha). Advogado

Vítor Gabriel Carvalho

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil).
Bolsista CAPES/PROEX

Roberta de Paolis

Post-Doc Fellow in Criminal Law at Sant'Anna's School of Advanced Studies,
Pisa, Italy

Sofia Cabrita

Doutoranda em Direito e Assistente convidada. Universidade Católica Portuguesa,
Faculdade de Direito, Centro de Estudos e Investigação em Direito

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Manuel Monteiro Guedes Valente

Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa

RECENSÃO

Germano Marques da Silva

Professor Catedrático Jubilado da Universidade Católica Portuguesa

Recensão do Livro de Hugo Luz dos Santos: *A Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos na Esfera do Compliance / E depois da Lei N.º 94/2021, de 21 de dezembro?*,

Braga, Nova Causa/Edições Jurídicas, 2022,
ISBN 978-989-9026-46-9

Germano Marques da Silva

Professor Catedrático Jubilado da Universidade Católica Portuguesa

I. Foi publicada em junho de 2022 pela Nova Causa/Edições Jurídicas mais uma monografia do Doutor Hugo Luz dos Santos dedicada à problemática da responsabilidade penal das pessoas coletivas: «*A Responsabilidade Penal dos Entes Coletivos na Esfera do Compliance / E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro? Vem na sequência de duas monografias sobre a problemática da responsabilidade penal das pessoas coletivas: A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: Subsídios para a criação de um modelo misto de auto-responsabilidade da Época do Compliance e da Empresa-Perigo, 2023, pp. 1-1700 (no prelo), e Processo Penal na Era Compliance, Braga, Nova Causa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-168. Publicou também um Código de Processo Penal anotado e comentado em 6 volumes, Braga, Nova Causa Edições Jurídicas, 2022/2023. O Doutor Hugo Luz dos Santos é Professor na City University of Macau e Fellow of the Forum for Conciliation and Arbitration (FICA, Oxford, Reino Unido), e é autor de vasta bibliografia na área do direito e do processo penal, publicada em português, inglês, espanhol e chinês.*

Prefaciei o livro e destaquei então a análise apurada das normas vigentes, introduzidas no nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 94/2021, a enunciação de lacunas e as sugestões de alterações ao regime instituído quer no plano substantivo quer no processual. Não surpreenda que em parte me repita e me transcreva agora.

II. *A Responsabilidade Penal dos Entes Coletivos na Esfera do Compliance*, objeto desta recensão, está estruturado em duas Partes: uma teórica, dogmática, a Parte Geral, de enquadramento e suporte, em que faz apelo à «necessidade de gente de uma boa administração da justiça na órbita do *compliance*», e a outra em que analisa as alterações substantivas e processuais introduzidas nos Códigos Penal e do Processo Penal pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, evidenciando as lacunas de que no seu entender enferma o regime da responsabilidade penal dos entes coletivos vigente em Portugal e que aquela lei ainda não colmatou.

Na Parte Geral, afigura-se-me muito pertinente a defesa que o Autor faz de «um modelo de punição universal, ao jeito do modelo da Bélgica, Holanda, França e dos Estados Unidos da América, sugerindo embora que o modelo universal não seja puro, mas temperado com uma cláusula de adequação social para excluir os crimes por si mesmos inconciliáveis com o interesse direto ou indireto dos entes coletivos, e a enunciação de crimes que em seu entender constituem laivos de impunidade (direito penal médico, fraude sexual, insuficiência dos crimes patrimoniais, crimes contra a integridade pessoal e identidade cultural, de falsificação, de perigo comum, contra o Estado, eleitorais, contra a autoridade pública e no exercício de funções públicas), consequência da tipificação dos

crimes imputáveis aos entes coletivos pelo n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal e demais legislação avulsa. Pode evidentemente discordar-se da identificação das lacunas e sugestões do Autor, mas terá de reconhecer-se a boa fundamentação que apresenta para interpelar o legislador.

Ainda na parte geral parece-me muito pertinente a crítica à falta de concretização do requisito de «adequação», «idoneidade» «efectividade» ou «ineficácia» dos programas de *compliance* (programas de cumprimento normativo) dos quais depende a ativação processual das medidas premiais de natureza substantiva e processual (arts. 90A, 90E e 90G, do Código Penal, e arts. 204.º, n.º 3 e 281.º, n.º 3 e 11 do Código de Processo Penal). Também em conferência que oportunamente proferi na Faculdade de Direito da Universidade do Porto me pronunciei sobre a indefinição do conteúdo destes programas, alertando para o risco de discricionariedade por poder ser desenhado caso a caso, em razão de cada crime e de cada pessoa coletiva arguida, ao jeito de cada juiz. O Doutor Hugo Luz dos Santos questiona da eventual inconstitucionalidade das normas que preveem os programas, em razão da insegurança gerada pela incerteza do conteúdo dos programas, que seria atentatória do direito penal do bem jurídico, vislumbrando a «violação do princípio da proibição do défice ou da insuficiência que se extrai do princípio do Estado de Direito Democrático».

Subjacente às orientações assumidas no livro está em grande parte a defesa pelo Autor em obra anterior – *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas: Subsídios para a criação de um modelo misto de auto-responsabilidade da Época do Compliance e da Empresa-Perigo* – de um modelo misto de auto e heteroresponsabilidade penal dos entes coletivos, tendo em conta que «a criminalidade das grandes organizações empresariais não é compatível com as fragilidades tipicamente assacadas ao modelo de hétero-responsabilidade» pela dificuldade de individualização, no seio da grande empresa, da pessoa singular responsável pelo cometimento do crime. Não é o modelo de imputação adotado no ordenamento jurídico português, mas neste tempo do *compliance* parece-me também que se caminha nesse sentido, mormente pela interpretação que se aponta para os sistemas de vigilância e controlo, referidos no n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal, a apelar para apurar dos programas de cumprimento normativo, de organização do ente, como forma de imputação ou de exclusão da responsabilidade pelos factos dos colaboradores.

A merecer especial atenção são as páginas dedicadas ao conceito de *interesse indireto* do ente coletivo (pp. 86 a 97), acrescentado à redação do n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal pela Lei n.º 94/2021 como pressuposto da imputação dos factos penais. O Autor distingue o interesse indireto, enquanto pressuposto da imputação, tipificado nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 11.º, da administração de facto indireta, ligada à problemática da *Debt governance*,

para lamentar a lacuna da regulamentação legal que poderia e deveria ter sido suprida através da tipificação da responsabilidade penal dos credores controladores quando dessa administração de facto indireta resulte a prática de crimes que são imputados à pessoa coletiva arguida. Critica também, suspeitando da sua inconstitucionalidade, o conceito de interesse indireto se associado, como supõe, às relações gestionárias entre os grupos de sociedades, particularmente «as relações gestionárias entre sociedade comercial-mãe e a sociedade comercial filha», bem como à «temática dos *accionistas de controlo* e dos *benefícios privados de controlo*, que gravitam em torno dos grupos de sociedades comerciais». Ambas as problemáticas são de grande atualidade e pertinência e concorde-se ou não com as orientações preconizadas, a sua enunciação convoca a doutrina ao aprofundamento teórico desta problemática.

Uma outra questão, agora a merecer a minha reserva, senão total desacordo, respeita ao alargamento do leque subjetivo das pessoas que podem incorrer em responsabilidade jurídico-penal [art. 11.º, n.º 2, alíneas a) e b) e n.º 4 do Código Penal], considerando que com essa abrangência se quebra o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e o princípio da culpa (arts. 18.º, n.º 2 e 29.º da Constituição da República Portuguesa). O Autor entende que «a administração da sociedade comercial será, doravante, muito mais rígida e muito pouco fluida, fazendo com que toda e qualquer decisão tomada pelos administradores de direito executivos seja escrutinada por quem pouco sabe sobre a gestão – ordinária e extraordinária – da pessoa colectiva arguida: os administradores não executivos que tentarão evitar, a todo o custo, a responsabilidade penal que brota do art. 11.º, n.º 2, alíneas a) e b) e n.º 4 do Código Penal na redação introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro». Para acautelar a inconstitucionalidade da interpretação das normas em causa, para que alerta o Doutor Hugo Santos, entendo ser necessário ter presente que a responsabilização dos membros não executivos do órgão de administração e dos membros do órgão de fiscalização se há de referir necessariamente aos atos da sua competência pelo que o escopo da lei é o de responsabilizar aquelas pessoas pelo efetivo cumprimento dos deveres do cargo que ocupam, cuja competência é definida nos termos da lei e dos estatutos do ente. A violação dos deveres do cargo, ainda que a violação resulte da sua incompetência ou mera negligência, também uma forma de incompetência funcional, que contribui para a prática do crime que lhes cumpre prevenir, justifica a sua responsabilização porque no nosso tempo não há mais lugar para a remuneração de incompetentes, ou seja, «por quem pouco sabe sobre a gestão» mas se assume poderes de controlo e vigilância nessa área. É tempo de acabar com cargos meramente figurativos, sendo exigível que ocupem os cargos apenas quem tem competência e disponibilidade para o seu exercício.

III. O Autor defende um modelo de punição universal temperado por uma cláusula de adequação social de delimitação negativa ao invés do modelo consagrado no artigo 11.º do Código Penal e legislação avulsa. Para fundamentar a sua proposta de punição universal das pessoas coletivas, no § 2, de fls. 59 a 85, justifica e enumera as insuficiências e aporias normativas que a Lei n.º 94/2021 não resolveu. Duvido também que haja alguém que entenda o critério do legislador, ficando no ar a incompreensão das razões político-criminais que ditaram a tipificação dos crimes pelos quais pode ser responsabilizado penalmente o ente coletivo e a suspeita de insondáveis razões confessionais do próprio legislador (§ 11.º, p. 65).

O Capítulo III tem por epígrafe: «As Benfeitorias legislativas realizadas – no âmbito da responsabilidade das pessoas colectivas – pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro: plano substantivo e processual». Trata neste capítulo da sucessão das leis penais no tempo (art. 5.º do Código Penal), da realização de buscas no centro de negócios da pessoa coletiva, do «renascimento mitigado» dos acordos sobre a sentença, das consequências processuais resultantes da responsabilidade cumulativa e de serem coarguidos a pessoa coletiva e o agente singular (arts. 59.º, 174.º, n.º 6 e 283.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, respetivamente), e do princípio da presunção de inocência funcional da pessoa coletiva (art. 32.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa). É de destacar neste capítulo a temática da autorregulação regulada e o direito premial introduzidos na lei penal e do processo penal pela Lei n.º 94/2021, ficando a interrogação sobre se se trata da transição do modelo de repressão para o modelo de cooperação entre o Estado-juiz e as pessoas coletivas arguidas (§ 3.3), porventura mudança de paradigma do modelo de repressão para o modelo de prevenção, que os programas de cumprimento normativo (*compliance*) parecem anunciar.

Finalmente, no § 3.3. do Capítulo III, o livro trata da alteração da alínea e) do n.º 1 do artigo 400.º do Código de Processo Penal, que veio admitir o recurso do acórdão que condena a pessoa coletiva arguida em pena de multa no caso de decisão absolutória em 1.ª instância e dos efeitos decorrentes da aplicação retroativa das alterações introduzidas na lei penal e processual pela Lei n.º 94/2021. Surpreende-me que o Doutor Hugo dos Santos não tenha sequer ponderado a opção político-processual criminal de não admitir o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça das decisões condenatórias das pessoas coletivas em penas não privativas da liberdade, nomeadamente a dissolução e a multa de valor superior à da alçada das relações em matéria civil, frequentemente superior em centenas de milhares de euros, o que parece suscetível de ser interpretado como uma desvalorização pelo legislador da justiça penal relativamente à justiça civil com o já desgastado pretexto do excesso de garantias e uma lacuna nas reflexões do Autor.

IV. *A Responsabilidade Penal dos Entes Coletivos na Esfera do Compliance / E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?* é de estudo necessário para todos os que se dedicam à temática da responsabilidade penal dos entes coletivos e não apenas pela sua atualidade, mas também pela profundidade da análise dos textos legais, pela extensa e rica bibliografia nacional e estrangeira com que sustenta as suas teses e sobretudo pelas propostas que formula. A leitura deste livro desperta, convida e remete o leitor para as outras duas monografias do Doutor Hugo Luz dos Santos – *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: Subsídios para a criação de um modelo misto de auto-responsabilidade na Época do Compliance e da Empresa-Perigo* e *Processo Penal na Era Compliance* – imprescindíveis ao estudo desta matéria ainda tão pouco trabalhada pela doutrina portuguesa.

