

Sobre a representação das pessoas coletivas constituídas arguidas no processo criminal

Germano Marques da Silva

Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa

SUMÁRIO

Quaestio

Commentarius

Bibliografia

Quaestio

«Correndo procedimento penal, ainda em fase de inquérito, foi constituída arguida uma sociedade estrangeira, que à data se encontrava em processo de liquidação judicial, e nomeado pelo Ministério Público seu representante legal um antigo administrador com a idade de 97 anos à data da constituição da sociedade como arguida. Quase de imediato, o advogado pessoal do nomeado representante requereu a remoção do seu constituinte da função de legal representante, alegando que: (i) o nomeado não tinha desde há vários anos qualquer ligação à sociedade arguida; (ii) não tinha quaisquer possibilidades de contacto, nomeadamente com os liquidatários; (iii) que depois dele houve outros administradores da sociedade até à data da declaração de insolvência; (iv) em razão da sua avançada idade, tinha dificuldade e até impossibilidade de exercer convenientemente e com diligência os poderes e deveres inerentes ao seu estatuto de representante processual da sociedade arguida. O requerimento mereceu do Ministério Público despacho de indeferimento com fundamento em que “o requerente era o presidente do Conselho de Administração no período temporal em que se situa a investigação”, nada dizendo sobre a invocada incapacidade, nomeadamente em razão da idade.

Decorreram mais 2 anos e o requerimento do nomeado, agora com 99 anos de idade, não mereceu qualquer despacho do juiz; o processo continua em fase de inquérito e o representante nomeado a ser notificado para os atos processuais em que a arguida deve ser ouvida, nomeadamente sobre os requerimentos de constituição de assistentes, nos termos do disposto no n.º 4 do art. 68.º do Código de Processo Penal.»

Esta é a questão a suscitar o comentário. Não é caso único, salvo, porventura, no que respeita à idade do representante nomeado.

Commentarius

1. Pode alguém com 97 anos de idade ser nomeado oficiosamente representante de uma sociedade arguida que não tenha quem a represente e manter essa qualidade aos 99 anos quando invoca perante o tribunal não ter possibilidade física de exercer convenientemente e com diligência os poderes e deveres inerentes ao estatuto de representante? A idade por si só não constitui impedimento, mas a incapacidade física, limitação resultante da idade, necessariamente que há de constituir motivo da sua remoção sob pena de se frustrar a garantia da defesa consagrada no n.º 1 do art. 32.º da Constituição da República Portuguesa.

Será necessário que o representante nomeado venha ao processo provar a sua incapacidade ou será suficiente invocar a idade avançada e a sua dificuldade ou impossibilidade de exercer a função para que foi nomeado? Consideramos que após a nomeação, que não depende da aceitação do nomeado (!), seja necessário que o representante prove a sua incapacidade para o exercício da função, mas também que o dever do Ministério Público e do Juiz de defender a legalidade democrática impõe que não possam manter como representante quem invoca não ter condição para a exercer a defesa. Podem promover a comprovação da incapacidade do representante, e devem, mas não podem desconhecer a sua alegada incapacidade, sob pena de frustrarem a finalidade legal da nomeação necessária do representante: o exercício dos direitos de defesa da sociedade arguida.

A garantia de defesa em processo criminal não é meramente formal. Não importa apenas que ao arguido seja concedido em abstrato o direito a defender-se, importa necessariamente garantir que o possa fazer efetivamente e se o representante nomeado ao arguido não está em condições de o fazer parece manifesto que a garantia constitucional está a ser violada.

Deve ter-se em conta que a idade do representante pode constituir por si só um indício da sua incapacidade, indício que não pode deixar de ser considerado pela autoridade judiciária, sobretudo quando alertada para o facto pelo próprio nomeado. Cremos, aliás, ser dever da autoridade judiciária cuidar que o representante nomeado à arguida tem condições pessoais para o exercício da função, mesmo se este nada diz e a omissão puder eventualmente revelar o desinteresse ou incapacidade do representante para o exercício da função (como, por exemplo, omitindo a prática de quaisquer atos para que seja notificado). É que, e é necessário ter isso sempre presente, o efetivo direito de defesa não é do exclusivo interesse do arguido – que no caso concreto, dada a sua natureza coletiva e situação de insolvente em liquidação, pode até não ter já qualquer interesse na sua defesa processual – mas é o interesse público no asseguramento das condições de integridade do exercício da defesa efetiva que deve prevalecer sempre e a exigir especial cuidado quando se trate de nomeação oficiosa do representante. A autoridade que nomeia não pode alhear-se de verificar da real capacidade do nomeado, sob pena de subverter a garantia constitucional, ficando-se apenas pelo seu cumprimento formal, que constitui sempre ou quase a violação da garantia fundamental.

A incapacidade do representante do arguido, e até a sua inércia – sobretudo quando se trate de representante nomeado pela autoridade judiciária – podem prejudicar gravemente a defesa, devendo, por isso, merecer do tribunal um controlo apertado e, em alguns casos, a substituição do representante, sob pena

de se verificar um caso de verdadeira indefesa da arguida, à semelhança do que se passa com a inércia do defensor¹.

O processo penal português visa a busca da verdade, enquanto correspondência das decisões processuais constitutivas à realidade histórica dos factos, e procura essa verdade mediante a participação processual ativa dos sujeitos processuais, nomeadamente do arguido e seu defensor. A incapacidade material do representante do arguido para o exercício dos direitos deste viciam todo o processo e, frustrando o direito de defesa, tem como necessária consequência a invalidade dos atos processuais que exijam a participação do representante.

A doutrina e a jurisprudência não são ricas no tratamento da capacidade judiciária do arguido e dos seus representantes necessários no processo penal, mas é princípio geral do direito que a prática de qualquer ato jurídico pressupõe a capacidade para o seu exercício e por isso que nos atos que consistem em declarações de vontade importa a vontade livre e esclarecida dos seus agentes, sendo que os vícios de vontade inquinam os próprios atos. Assim é que o representante que em razão da sua idade avançada se mostra incapaz de praticar os atos processuais pertinentes à sua participação constitutiva no processo, nos termos previstos na lei, equivale necessariamente à falta de representante, viciando o processo com a consequência da sua inexistência ou da invalidade dos atos em que não intervenha por omissão devida à sua incapacidade, consoante a falta implique a não constituição de arguido ou a omissão dos atos por impossibilidade física ou vício de vontade.

E assim sendo, não se compreende nem aceita que a autoridade judiciária competente, alertada para a incapacidade física da pessoa por ela nomeada para representar a pessoa coletiva, que não tem representante legal que a represente, fique indiferente e não reaja ao alerta lançado pelo representante nomeado sobre a sua incapacidade para o exercício da função para que foi nomeado, substituindo-o por outro que seja capaz. Não se trata sequer de justiça meramente formal, mas tão grave como isso.

2. Nos termos do disposto no art. 11.º do Código Penal e de extensa legislação avulsa as pessoas coletivas e entidades equiparadas são suscetíveis de responsabilidade criminal. Para tanto a pessoa coletiva relativamente à qual seja dirigida a investigação criminal ou deduzida acusação tem no processo a

1 Cfr. ALBUQUERQUE (2008).

condição de sujeito processual, assumindo a posição de arguida, conforme resulta do n.º 1 do art. 57.º do Código de Processo Penal.

Não nos diz a lei processual penal como é que a pessoa coletiva ou entidade equiparada deve estar no processo como arguida. Parece-nos que a solução consiste em recorrer ao processo civil, como direito subsidiário, donde que, por força do disposto nos arts. 25.º e 26.º do Código de Processo Civil (*ex vi* do art. 4.º do CPP) as pessoas coletivas e equiparadas são representadas em juízo por quem a lei, os estatutos ou o pacto social designarem. Se a entidade coletiva e equiparada não tiverem quem as represente deve ser designado representante especial. É a orientação comum da doutrina e da jurisprudência portuguesas. No caso objeto deste comentário, a sociedade foi declarada insolvente e não tem quem a represente, donde ter sido nomeado representante especial um antigo administrador dessa sociedade. A representação não é, porém, uma mera figura de estilo para beneficiar a estética do processo, tem uma racionalidade substancial o exercício dos direitos e cumprimento dos deveres que a representada não pode por natureza exercer pessoalmente. Por isso que não baste que haja um representante nomeado à pessoa coletiva, sendo necessário garantir que esse representante tem as condições pessoais necessárias para exercer efetivamente a representação.

Importa realçar que a representação da pessoa coletiva no decurso do processo nada tem que ver com a condição de imputação do crime; trata-se agora simplesmente de determinar quem representa em juízo o ente coletivo. Podem coincidir o representante da pessoa coletiva e a pessoa física agente da infração, cumulativamente responsáveis, mas trata-se de mera coincidência, ainda que muito frequente, e suscetível de criar novos problemas à representação. Em termos processuais são diversas as qualidades em que o agente, pessoa física, intervém no processo (em nome próprio) e a pessoa que representa a pessoa coletiva. O representante da pessoa coletiva, enquanto a representa no processo, não é arguido; arguida é a pessoa coletiva, mas os poderes e deveres processuais da arguida são exercidos pelo seu representante. A eventual condenação da arguida afeta-a no momento da decisão condenatória e por isso que o representante da pessoa coletiva deve poder manifestar a vontade atual da representada, ou seja, a vontade da pessoa coletiva ao tempo do ato processual que deva ou possa praticar.

A pessoa coletiva deve estar no processo pelo seu representante legal ao tempo do ato processual, o qual pode ser diverso do representante legal à data da prática do crime objeto do processo. O arguido deve participar pessoalmente no processo e fá-lo, em se tratando de pessoa coletiva, por meio de representação orgânica, por quem a lei, os estatutos ou o pacto social designarem à data do ato, porque só eles podem manifestar a vontade da pessoa coletiva

nesse momento, ou dito doutro modo, só eles podem exercer os direitos e cumprir os deveres processuais inerentes ao estatuto processual que cabem à pessoa coletiva constituída arguida no processo.

É manifesto que o fundamento invocado pelo Ministério Público para indeferir o requerimento de remoção da representação não tem razão de ser. A circunstância de o nomeado representante da arguida ter sido presidente do seu conselho de administração «no período temporal em que se situa a investigação», podendo eventualmente ser cumulativamente responsável com a sociedade, não é critério jurídico aceitável para lhe ser imposta a representação da sociedade ao tempo da sua constituição como arguida.

3. No processo civil a irregularidade da representação sana-se mediante a intervenção do representante legal. Se este ratificar os atos anteriormente praticados, o processo segue como se o vício não existisse; caso contrário fica sem efeito todo o processado posterior ao momento em que a falta se deu ou a irregularidade foi cometida, correndo novamente os prazos para a prática dos atos não ratificados, que podem ser renovados (art. 27.º do CPC). Será assim também no processo penal? Será esta regulamentação aplicável também no processo penal?

O art. 119.º, al. c), do Código de Processo Penal comina com a sanção da nulidade «a ausência do arguido», nos casos em que a lei exigir a respetiva comparência. Como referimos, o arguido é representado por quem a lei, os estatutos ou o pacto social designarem ou for nomeado representante pela autoridade judiciária.

Se o arguido estiver no processo representado por quem não tenha poderes de representação deve considerar-se que se verifica a nulidade do art. 119.º, al. c). Tratando-se de nulidade insanável – na terminologia da lei, embora errada – a consequência é que a irregularidade da representação não pode ser sanada nos termos em que o pode ser no processo civil, só ficando sanada com o trânsito em julgado da decisão final. E nos demais casos em que o representante nada faz, invocando a sua incapacidade ou falta de meios?

A incapacidade para o exercício da representação pode resultar da incapacidade física, como no caso que comentamos, mas pode ter outras causas, como a falta de meios, por exemplo. O representante nomeado pode não ter meios de contacto com a sociedade representada tanto mais que esta carece de representação legal; pode não poder suportar despesas que o exercício da representação implique, nomeadamente de deslocações e assistência jurídica para o aconselhar no exercício da função; pode não ter meios para pagar honorários para a contestação de eventual pedido cível, etc., etc. E pode também vir a ser eventualmente responsabilizado civilmente por não ter exercido com

diligência os direitos da arguida. *Quid iuris?* Pode ser imposto a qualquer cidadão o dever de representar a sociedade arguida sem o seu acordo com os encargos e ónus inerentes à qualidade de representante? A que título?

4. Mais uma nota apenas, e marginal. Respeita à constituição da pessoa coletiva como arguida.

Em princípio nada de novo quanto aos pressupostos, tempo e modo de constituição da pessoa coletiva ou entidade equiparada como arguidas. De notar apenas que a constituição de arguida da pessoa coletiva é feita na pessoa do seu legal representante. Isso não significa que o legal representante passe a ser arguido; arguida é a pessoa coletiva, mas no exercício dos direitos e cumprimento dos deveres inerentes à qualidade de arguido é representada pelo seu legal representante.

Os direitos e deveres inerentes à qualidade de arguido valem tanto para as pessoas singulares como para as pessoas coletivas, naturalmente com as necessárias adaptações (*v.g.*, não pode ser sujeita à medida de coação de prisão preventiva nem de obrigação de permanência na habitação) sendo exercidos e cumpridos pela pessoa que assuma a representação da pessoa coletiva como arguida (a quem a constituição de arguida da pessoa e do representante deve ser feita em conformidade com o disposto no n.º 2 do art. 58.º do Código de Processo Penal).

Embora não sendo pessoalmente arguido, o representante da pessoa coletiva que assume a sua representação no processo fica sujeito a alguns deveres pessoais, resultantes da representação judiciária da pessoa coletiva. Desde logo comparecer perante o juiz, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal, sempre que a lei o exigir e para tal tiver sido devidamente notificado, responder com verdade às perguntas feitas sobre a identidade da pessoa coletiva e sobre os seus antecedentes criminais, prestar termo de identidade e residência e sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial (n.º 3 do art. 61.º do CPP).

A lei não é suficientemente clara sobre os deveres pessoais que recaem sobre a pessoa física constituída representante da arguida pessoa coletiva. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que o representante da arguida não tem o dever de responder com verdade às questões sobre a identidade da pessoa coletiva e antecedentes criminais, mas não nos parece. Julgamos que o art. 359.º do Código Penal é aplicável ao representante da pessoa coletiva por força do disposto no art. 12.º do Código Penal.

Um exemplo mais a mostrar as dificuldades teóricas e práticas resultantes da omissão de regulamentação legal do estatuto processual do representante, sobretudo do nomeado pela autoridade na falta de representante legal

(estatutário). A constituição de arguido implica prestar termo de identidade e residência e da prestação do termo resultam um conjunto de obrigações enumeradas no n.º 3 do art. 196.º do Código de Processo Penal. Estas obrigações, nomeadamente a de se manter à disposição da autoridade competente sempre que para tal for devidamente notificado ou de não se ausentar da sua residência por mais de cinco dias sem comunicar a nova residência, obrigam a pessoa coletiva arguida ou o seu representante. Temos entendido que obrigam o representante, mas não constituirá esta imposição uma limitação dos direitos do cidadão que, em última instância, fica sujeito ao arbítrio da autoridade que escolhe e nomeia o representante. Se, porém, se entender que as obrigações resultantes do termo de identidade apenas vinculam a sociedade representada o termo não terá qualquer alcance prático a não ser a eventual sujeição à realização da audiência na ausência do representante e à representação por defensor em todos os atos processuais nos quais tenha o direito ou o dever de estar presente. Não é essa apenas a razão da imposição do termo de identidade e residência a todo o arguido.

Alguns autores têm defendido que a representação das pessoas coletivas carecidas de representante legal deverá ser feita por advogado. É uma solução possível, porventura a mais adequada, desde logo porque o defensor nomeado tem direito ao reembolso das despesas e recebimento de honorários o que não sucede com o representante. Mas será a solução adequada na ausência de norma legal que o determine ao arrepio da norma do art. 25.º do Código de Processo Civil, que parece subsidiariamente aplicável?! Se a representação couber ao defensor nomeado deverá este prestar também termo de identidade?

5. A problemática da representação processual da pessoa coletiva no processo penal, como arguida ou como assistente, suscita muitas e complexas questões que a lei não resolve. Tratamos agora apenas da representação da pessoa coletiva arguida, objeto deste comentário, mas mesmo neste âmbito limitado, questões como a do eventual conflito de interesses entre o representante e a representada (como, por exemplo, quando ao representante também seja imputada a prática do crime atribuído à pessoa coletiva), da pluralidade de representantes legais, dos concretos poderes e deveres do representante quer nessa qualidade quer pessoais, e muitos outros, carecem de solução legislativa.

Desde há muito que vimos alertando para as lacunas da lei e para a necessidade e urgência de intervenção legislativa², mas o legislador não foi sensível às consequências da falta de regulamentação legal, e já lá vão mais de 10 anos sobre a consagração no Código Penal da imputabilidade penal das pessoas

2 SILVA (2009).

coletivas, mais de 30 sobre o Decreto-Lei n.º 28/84, de 24 de janeiro, que admitiu no ordenamento jurídico português a responsabilidade penal dos entes coletivos, e mais ainda se tivermos em conta o regime do ilícito de mera ordenação social que participa das mesmas dificuldades! Estas questões surgem com muita frequência nos processos penais e por contraordenações e as soluções pontuais são frequentemente divergentes e disparatadas, como no caso em análise.

Não durará já tempo demasiado a lacuna legislativa em matéria tão sensível? A realização da Justiça e a celeridade dos procedimentos passa também em muito, e porventura de modo decisivo, pela adequação da legislação!

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «Nota prévia ao artigo 62, n.º 11», *Comentário do Código de Processo Penal*, 2.ª ed., 2008, Lisboa, Universidade Católica Editora.

SILVA, Germano Marques da, «Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores». Escola de Direito da Universidade do Minho, *Que Futuro para o Direito Processual Penal?/ Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, 2009.