REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 39

Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português

Criminal liability of the corporations and principle of the culpability: a critic analysis of the Portuguese model

B1

UFRGS

Anna Carolina Canestraro
Universidade de Coimbra

Túlio Felippe Xavier Januário
Universidade de Coimbra

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS
ISSN: 0104-6594 Site: http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português

Criminal liability of the corporations and principle of the culpability: a critic analysis of the Portuguese model

Anna Carolina Canestraro*

Túlio Felippe Xavier Januário**

REFERÊNCIA
CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.

RESUMO
O presente estudo tem por objetivo analisar o modelo de responsabilidade penal da pessoa coletiva adotado pelo Código Penal Português. Para tanto, o trabalho avulta a necessidade de uma responsabilização penal do ente coletivo frente a uma criminalidade globalizada e, principalmente, diante das consequências econômico-financeiras observadas a partir dos megaescândalos dos últimos anos. Na sequência faz-se uma análise dos modelos atuais de responsabilidade penal (quais sejam: heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade), destacando-se o modelo português e a problemática frente aos princípios e garantias da dogmática penal. Por fim, buscar-se-á realizar uma crítica ao sistema adotado por Portugal, tendo como base para tanto fundamentos político-criminais e de ordem dogmática, nomeadamente no que se refere aos princípios e institutos do ordenamento jurídico-penal.

PALAVRAS-CHAVE
Direito penal português. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Princípio da culpabilidade. Teoria da identificação. Sistema vicarial. Teoria do ricochete. Autorresponsabilidade.

ABSTRACT
The aim of the present essay is to analyze the model of criminal liability of corporations adopted by the Portuguese Criminal Code. Therefore, the article highlights the necessity of a criminal liability of the legal entities against the globalized criminality and, most of all, because of the economic and financial consequences observed after the scandals of recent years. Then, an analysis of the current models of criminal liability is made, highlighting the Portuguese model and the problematic in relation to the principles and guaranties of the criminal dogmatic. Finally, a critique of the system adopted by Portugal will be made, based on fundaments of criminal policy and dogmatic, namely in the scope of principles and institutes of the criminal system.

KEYWORDS
Portuguese criminal law. Criminal liability of corporations. Principle of the culpability. Alter-ego theory. Vicarious liability. Ricochet theory. Autonomous liability.

SUMÁRIO
Introdução. 1. Por que responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas? 2. Modelos de responsabilização penal das pessoas jurídicas. 3. Do modelo português de responsabilidade penal da pessoa jurídica. 4. Análise crítica do modelo português. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O nível atual de desenvolvimento tecnológico da sociedade global, de maneira geral, se por um lado, tem garantido a uma significativa parcela das pessoas uma qualidade

* Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
** Mestre em Direito - menção em Ciências Jurídico-Criminais - pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

de vida nunca antes vista, com acesso à avançada tecnologia que proporciona não apenas novos produtos de lazer e bens de primeira necessidade, como também possibilita o avanço das ciências e garante uma maior longevidade da vida humana, por outro, tem propiciado o surgimento de novos riscos, com os quais as ciências, de maneira geral, ainda encontram dificuldades de lidar.

Conforme explica Jesús-María Silva Sánchez, o desenvolvimento técnico tem como uma de suas repercussões negativas, a configuração do risco de procedência humana, derivado de avanços nas áreas biológicas, genéticas e nucleares, por exemplo[1].

Paralelamente ao exposto, importante destacar como característica fundamental da sociedade pós-industrial a globalização econômica e a integração supranacional, uma vez que é marcada pela eliminação de restrições às transações comerciais e a ampliação dos mercados, assim como pela busca por um mercado comum, com facilitação do trânsito de pessoas, mercadorias e capitais[2].

Resulta, porém, do quadro exposto, não apenas um aperfeiçoamento do *modus operandi* da chamada criminalidade clássica, como também o surgimento de novas formas delitivas, muitas vezes praticadas contra bens jurídicos difusos e no âmbito de grandes corporações, sendo estas subdivididas hierarquicamente e atuantes em diversos mercados.

Fala-se, inclusive, no surgimento de "novas agências de poder", quais sejam, as corporações econômicas, que passam a explorar seus conhecimentos e informações técnicas para transformá-las em serviços e produtos, havendo, por certo, cada vez mais um aumento das pressões para que essas mercadorias, serviços e recursos financeiros circulem livremente (sem barreiras fronteiriças) e "*on time"* ao redor de todo o planeta [3] . Isto acarretaria em um fenômeno conhecido como "permeabilização econômica das fronteiras", caracterizado pela redução dos

[1] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 29.

[2] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 79.

[3] SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php> Acesso em: 26 de junho de 2017. p. 253-254.

controles do fluxo financeiro[4].

Pode se considerar como uma das precursoras da chamada "criminalidade empresarial", a política neoliberal implantada nos anos 70 e 80, que defendia a progressiva desregulamentação da atividade econômica, com a consequente livre circulação de recursos e mercadorias, buscando a máxima eficácia da atividade econômica através da autorregulação do mercado[5].

O que se verificou, porém, com esta proposta, foi a eliminação de precauções e restrições sobre a concessão de empréstimos, emissão de títulos, comércio, entrada e saída de capitais, controle de câmbio, etc.[6]. Consequências criminal, das quais destacamos a necessidade de imposição de deveres de vigilância para a detecção de possíveis condutas delitivas no âmbito destas atividades[10], como também as dificuldades de identificação da autoria individual no interior de grandes corporações, isto em razão de seu elevado nível essas que acabaram por criar espaço para a nova criminalidade supracitada, que se aproveita do insuficiente controle sobre o mercado e tem como características a sua organização, transnacionalidade e o poder econômico que tem a sua disposição[7]-[8].

No que se refere às ciências criminais, diversas propostas foram elaboradas pela doutrina e jurisprudência no sentido da prevenção e repressão da criminalidade econômica e empresarial. Ressalta-se aqui, uma crescente tendência de adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, baseada não apenas em recomendações e convenções internacionais[9], como também em razões de políticas de hierarquização e divisão de tarefas[11].

Observa-se, porém, que conforme restará demonstrado no decorrer do presente trabalho, ainda que dentre os ordenamentos jurídicos que adotam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, diversos modelos de imputação foram propostos, não havendo qualquer unanimidade na

[4] RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. A globalização do direito penal – da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. In: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *O direito penal europeu emergente.* p. 347- 360. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p.352.

[5] SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php> Acesso em: 26 de junho de 2017. p.253.

[6] ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis doctoral. Universidad de Santiago de Compostela, 2001. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0p0z9>. Acesso em: 17 de maio de 2017.p. 43-45.

[7] SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La Expanción del Derecho Penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 86.

[8] Como exemplo desta criminalidade, assim como das graves consequências para a economia, pode ser citada a série de escândalos financeiros descobertos nos anos 2000, decorrentes de fraudes contábeis e da falta de transparência das informações corporativas. Isto causou não apenas volumosos prejuízos para investidores, como também ocasionou uma grande recessão econômica. SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php> Acesso em: 26 de junho de 2017. p.253-254.

[9] Neste sentido, convenções internacionais da OCDE, da ONU e na União Europeia já eram no sentido da necessária adoção de sanções para pessoas coletivas. NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. Nueva Doctrina Penal. p. 125-159. Buenos Aires, 2008. p.1.

[10] SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php> Acesso em: 26 de junho de 2017.p.255.

[11] GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica:* teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015. p. XI.

referida temática.

No que interessa ao presente estudo, cumpre destacar que Portugal desde os Decretos-Leis 630/76[12] e 28/84[13] passou a abrir concessões ao princípio do *societas deliquere non potest*[14]. Assim, conforme salienta Jorge de Figueiredo Dias, desde 1977 "rejeitando os argumentos da incapacidade de acção e de culpa dos entes colectivos, vimos preconizando, sobretudo no *âmbito do direito penal secundário,* a legitimidade e possibilidade de sua [pessoas jurídicas] responsabilização penal"[15].

Diante do exposto, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica adotado pelo ordenamento jurídico português. Para tanto, serão analisados, inicialmente, os principais sistemas de imputação da responsabilidade às entidades coletivas, quais sejam, os modelos de heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade das mesmas, para que então seja realizado um correto enquadramento do modelo em questão, o qual, conforme restará comprovado, entendemos se tratar de uma proposta mista.

Feito isto, e após um estudo detalhado do modelo de Portugal, será feito um estudo crítico do mesmo com base não apenas nos direitos e garantias resguardados pelo ordenamento jurídico do país, mas também e especialmente no que se refere à sua (in)constitucionalidade e na sua (in)compatibilidade com os institutos jurídico-penais, nomeadamente nos direitos e princípios por ele dispostos.

1 POR QUE RESPONSABILIZAR CRIMINALMENTE AS PESSOAS JURÍDICAS?

No que se refere à possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, observam-se, no atual estado da arte, três possíveis posições dos ordenamentos jurídicos.

Tradicionalmente, os países da Europa continental refutavam esta possibilidade, tendo como base, principalmente, o princípio do *societas delinquere non potest.* Conforme explica

[12] "Art. 6.º Pode ser cumulativamente aplicada pelo tribunal às pessoas singulares ou colectivas que cometam as infracções previstas neste diploma a medida de interdição da profissão, devendo em tal caso observar-se o disposto no artigo 7.º do Decreto-Lei 41204, de 24 de Julho de 1957. Art. 7.º As pessoas colectivas e as sociedades que promoverem e executarem os actos ou operações neste diploma considerados como ilícitos são punidas com multa até metade do valor da mercadoria ou da transacção e ficam solidariamente responsáveis pelas multas e indemnizações em que forem condenados os seus representantes ou empregados que tenham agido nessa qualidade e no interesse das mesmas." MINISTÉRIO DAS FINANÇAS – SECRETARIA DO ESTADO DO TESOURO. *Decreto-lei 630/76, de 28 de julho.* Diário da República nº 175/1976, Série I de 28-07-1976. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/97002/decreto-lei-630-76-de-28-de-julho >. Acesso em 05 de outubro de 2017.

[13] "Artigo 3º. (Responsabilidade criminal das pessoas colectivas e comparadas). 1 - As pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infracções previstas no presente diploma quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo. 2 - A responsabilidade é excluída quando o agente tiver actuado contraordens ou instruções expressas de quem de direito. 3 - A responsabilidade das entidades referidas no n.º 1 não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o n.º 3 do artigo anterior. PORTUGAL. *DL nº. 28/84, de 20 de janeiro:* altera o regime em vigor em matéria de infracções antieconómicas e contra a saúde pública. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=172&tabela=leis >. Acesso em 06 de outubro de 2017.

[14] "É amplamente conhecido o aforismo "*societas deliquere non potest"*. De fato, tradicionalmente, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas sempre foi negada, sustentando-se esta negativa em três grandes argumentos: as sociedades não possuem capacidade de ação; tampouco tem capacidade de culpabilidade; e igualmente carecem de capacidade de sofrer penas. Daí que os sistemas clássicos somente castigavam como autores de delitos as pessoas físicas." GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: *DIREITO penal econômico:* estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. Organização de William Terra de OLIVEIRA et al. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 379-391. p. 380.

[15] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal:* parte geral: tomo I. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 298.

Enrique Bacigalupo, os principais argumentos utilizados por parcela da doutrina a fim de rechaçar a viabilidade desta modalidade de responsabilização seriam o fato de que as entidades, em tese, careceriam de capacidade de ação, atuando através de seus órgãos. Além disso, defendem que as mesmas não poderiam ser objeto de reprovação no sentido da culpabilidade[16].

Uma segunda possibilidade, que pode ser considerada um sistema intermediário, seria a opção adotada, por exemplo, na Alemanha, no qual as pessoas jurídicas são sancionadas pelo direito administrativo ou contravencional. Conforme explica Klaus Tiedemann, uma vez que as sanções administrativas requerem apenas a chamada "culpa social", mas não a "reprovação ética individual", esta modalidade de responsabilização é considerada suficiente em alguns ordenamentos, tais como, além da Alemanha, Itália, Grécia e alguns países do leste europeu, além do Peru, na América do Sul[17].

Uma das vantagens do referido modelo, segundo Adán Nieto Martín, seria evitar debates que, segundo ele, seriam estéreis e meramente semânticos, dando lugar a um necessário pragmatismo. Assim:

> En este sentido, cuando en el texto empleo el término de culpabilidad de empresa, debe entenderse que no me refiero a un juicio de reproche similar al que se proyecta sobre las personas físicas. Este pragmatismo permite además estudiar conjuntamente todas las propuestas doctrinales que proponen un modelo de imputación y sanciones, pasando por alto el nombre que le han dado sus autores[18].

Ainda segundo o autor, tal modelo eliminaria as dificuldades de estabelecimento de um modelo de imputação único para pessoas físicas e jurídicas, pois, segundo o mesmo, alguns institutos tais como o dolo e o erro, da forma na qual estão estabelecidos, são incompatíveis com as segundas[19].

Ocorre que, a proposta em análise também apresenta insuperáveis inconvenientes. O primeiro deles, observado por Luís Arroyo Zapatero, é a possibilidade de supressão de garantias ocasionada pelo que Adán Nieto Martín chama de "burla de etiquetas"[20]. Segundo Arroyo Zapatero, as pessoas jurídicas podem estar sendo administrativamente condenadas prescindindo-se de todo um quadro de direitos e garantias das quais dispõem as pessoas físicas. Por tal razão, propõe:

> [...] la responsabilidad es ya un hecho, sea mediante sanciones administrativas, sea a través de consecuencias accesorias. El que ésta sea además penal, si no nos empecinamos en cuestiones de carácter ontológico y en dogmas, lo único que pretende conseguir es que ésta se determine en el marco de un proceso penal con semejantes posibilidades de defensa que las que existen para las personas naturales y con unos principios de de imputación similares, tras las convenientes adaptaciones […][21].

Outro ponto importante a ser destacado é relacionado à efetividade de sanções administrativas ou mistas. Conforme explica Adán Nieto Martín, a partir da prevenção geral

[16] BACIGALUPO, Enrique. *"Compliance" y derecho penal.* 1.ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2012. p. 100.

[17] TIEDEMANN, Klaus. Corporate criminal liability as a third track. In: BRODOWSKI, Domink; DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. (ed.) *Regulating Corporate Criminal Liability.* Heidelberg: Springer International Publisher Switzerland, 2014. p. 12-13.

[18] NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas:* un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008. p. 21-22.

[19] NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas:* un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008. p. 24-25.

[20] "El primero es de índole garantista: ¿No servirá el diferente *nomen iuris* para hurtar o rebajar garantías constitucionales en la imposición de la sanción?" NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas:* un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008. p. 25.

[21] ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. *Revista Penal*, Valencia, v. 1, n. 1, p. 1-15., jan. 1998. p. 14.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

positiva, parte da doutrina entende ser inegável que a pena teria um efeito simbólico mais efetivo do que as sanções não penais, servindo de maneira mais eficiente para o restabelecimento da norma[22].

Pelo exposto, tem se mostrado uma crescente tendência à adoção da terceira possibilidade, qual seja, da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, opção esta adotada atualmente por países como Espanha, Portugal e Brasil[23].

Dentre as razões pelas quais se opta pela responsabilidade penal do ente coletivo, destaca-se o fato de que, dentro do âmbito das grandes empresas, muitas vezes não se verificar possível a determinação da específica ação ou pessoa física que teria cometido um ato lesivo ao direito. Desta forma, diante da impossibilidade de responsabilização individual, condutas lesivas acabariam por restar impunes, dando lugar ao fenômeno identificado por Carlos Gómez-Jara Díez como "irresponsabilidade organizada"[24].

Em sendo assim, tendo-se em vista a complexidade dessa criminalidade moderna, subdivida em filiais, hierarquias e diferentes setores, a responsabilidade exclusiva da pessoa física não se mostra suficiente, vez que ela, por muitas vezes, não chega a ser identificada[25].

Além disso, conforme já dito anteriormente, como muitas vezes a pessoa coletiva configura uma organização complexa, com resultados em um sistema econômico com intensa interligação internacional das redes bancárias e financeiras e, tendo em vista os já citados megaescândalos financeiros decorrentes de crimes perpetrados no interior de grandes corporações, fala-se que a atividade empresarial oferece um grande risco aos bens coletivos supraindividuais e, nesse sentido, mister sua responsabilização penal por eventuais danos[26].

---

[22] Importante destacar que o autor considera duvidoso este argumento. Assim: "Si colocamos la discusión em el terreno empírico, no creo que la sociedad perciba como fenómenos distintos una "pena" y una "sanción de carácter penal", sobre todo si tiene en cuenta que el tipo de sanción (multa, curatela, sanción interdictiva, clausura de locales…), con independencia de la etiqueta, será el mismo". NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas:* un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008. p. 26.

[23] Atualmente, entende-se que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil somente é possível nos crimes previstos pela Lei 9.605/98, que dispõe sobre os crimes ambientais. Tramita, porém, atualmente, projeto de novo Código Penal, que estende esta possibilidade também para os crimes contra a administração pública, a ordem econômica e o sistema financeiro. Neste sentido: "Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. § 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas. § 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física. § 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012*. Projeto de novo Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114750&>. Acesso em 11 de agosto de 2016.

[24] GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las empresas. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 5, n. 20, p. 57-82. out./dez. 2005.p.20 e ss.

[25] ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, Setembro de 1982). *Revista de Direito e Economia*. Coimbra, Ano 8, n°2. p. 277-298. jul./dez., 1982.p.289- 290.

[26] SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php> Acesso em: 26 de junho de 2017. p.253-254.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

Por fim, fala-se ainda que os danos decorrentes de uma persecução criminal conduzida contra uma pessoa jurídica, tal como uma má publicidade, por exemplo, já seriam por si mesmos inibidores de novas práticas de crimes desta e de outras companhias

– tendo-se em vista que a má reputação de uma empresa traz consequências diretas à sua lucratividade[27].

No que se refere à compatibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas com os próprios institutos do direito penal, importante destacar que, conforme expõe Marcelo Marcante, boa parte das críticas elaboradas pela doutrina, derivam de uma perspectiva construída com base na chamada "teoria da ficção"[28]. Segundo ela, uma vez sendo somente as pessoas físicas capazes de serem sujeitos de direito, mister se faria, para as pessoas jurídicas, a sua representação, uma vez que estas seriam equivalentes aos incapazes, sendo elas criações jurídicas com a finalidade única de exercício de direitos patrimoniais[29].

Por outro lado, porém, esta teoria passou a ser substituída pela "teoria da realidade objetiva", segundo a qual as pessoas jurídicas também são dotadas de realidade, possuindo existência real e praticando atos de vontade mediante seus órgãos, sendo, portanto, possuidora de capacidade de querer e agir, bem como de vontade coletiva[30].

Desta forma, tem-se que as pessoas jurídicas não são uma ficção, mas sim, uma realidade, verdadeiros entes sociais com capacidade de vontade, sendo esta concretizada em cada etapa da sua vida mediante reuniões, deliberações e votos de seus membros na assembleia geral, além, é claro, de atos de administração e gerência[31].

Assim sendo, há que ser vistas com ressalvas as críticas elaboradas por parcela da doutrina de que o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica seria inconciliável com o direito penal e seus clássicos institutos.

Isto porque, se por um lado, de fato mostra-se dificultosa a aplicação de alguns institutos da teoria do delito elaborada para as pessoas físicas, quando transpostas para pessoas jurídicas, tais como um dolo psicologicamente fundamentado[32], o erro e a culpabilidade, por outro, uma vez tendo como pressuposto a existência da pessoa coletiva independente das pessoas físicas que a compõem, nada impede, como restará demonstrado a posteriori, a paulatina elaboração de uma teoria do delito específica para este entes, elaborada de acordo com as peculiaridades que lhes são inerentes e tendo como base a sua própria culpabilidade.

Por todo o exposto, e ressaltando mais uma vez que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas parece ser uma realidade em um crescente número de ordenamentos jurídicos, mostra-se cada vez mais importante, conforme salientado por Davi Tangerino, abandonar a vetusta discussão a respeito da sua viabilidade ou constitucionalidade, e buscar o aperfeiçoamento do instituto, procurando compatibilizá-lo com direitos e garantias constitucionais e evitando que

[27] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003. p.106-107.

[28] MARCANTE, Marcelo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e a tutela do meio ambiente na sociedade do risco: abordagem crítica sobre os delineamentos da culpabilidade empresarial e o sistema da dupla imputação. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 211-231, jul./set. 2014.

[29] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 85-87.

[30] Idem, ibidem.

[31] Idem, p. 87-88.

[32] Importante destacar que não compactuamos com as concepções clássicas de dolo, que buscam identificar o elemento volitivo em elementos mentais e psicológicos do agente. Para uma análise mais aprofundada do assunto: JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 19, n.30, p.1-21, ago-dez, 2015. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2018>. Acesso em 07 de outubro de 2017.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

o mesmo seja utilizado com meras finalidades de expansão do poder punitivo[33].

2 MODELOS DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

Reconhecendo-se em Portugal, conforme já exposto, a responsabilidade penal das pessoas coletivas, cumpre salientar que, ainda dentro desse contexto, a responsabilidade poderá ser analisada a partir de diferentes vertentes. De fato, ao se falar em responsabilidade penal dos entes coletivos, fala-se em dois diferentes sistemas, quais sejam: a heterorresponsabilidade e a autorresponsabilidade.

No que se refere ao modelo de heterorresponsabilidade, há verdadeira transferência da responsabilidade de uma pessoa física para a pessoa jurídica, podendo ser aquela, em alguns sistemas, o administrador, proprietário ou sócio, ou em outros, o preposto ou até mesmo qualquer integrante de seu quadro de funcionários.

A partir dessa ideia fundante, isto é, de repassar ao ente a responsabilidade pela conduta de outra pessoa, o modelo de heterorresponsabilidade, possui, ainda, algumas vertentes. Em países como o Canadá, e a Nova Zelândia, vigora a "*alter-ego theory",* ou teoria da identificação, segundo a qual existe responsabilidade penal da pessoa jurídica por fatos cometidos por um órgão ou administrador no exercício de suas funções[34].

Desenvolvida a partir do direito civil inglês, a presente teoria entende que os órgãos administrativos seriam o "cérebro" das companhias, devendo, portanto, sua culpa e sua responsabilidade ser considerada como da própria empresa[35].

No entanto, um dos principais defeitos desse modelo é que ele beneficia as grandes empresas em detrimento das pequenas, e isto porque em estruturas empresariais menos complexas, tende a ser mais fácil o processo de identificação da responsabilidade individual. Importante destacar ainda, que se a responsabilidade da empresa e a do superior hierárquico se unem, é inegável que a tendência seja no sentido de uma "vista grossa" com relação a eventuais condutas criminosas em seu interior, evitando-se não só a responsabilidade do superior hierárquico como também a da empresa [36], podendo-se, inclusive, haver, para este fim, a transferência de responsabilidade para algum subordinado.

Inegável se mostra, por fim, que a automática transferência da responsabilidade dos superiores hierárquicos para a própria empresa, é problemática no sentido da tutela dos direitos e garantias das pessoas jurídicas. Conforme já exposto, uma vez considerada a empresa como um verdadeiro ente social, a equiparação da culpabilidade de seus administradores com a sua própria, ainda que não haja de sua parte qualquer criação de um risco proibido, ou seja, qualquer falta ou defeito de organização empresarial, é clara violação do princípio da culpabilidade, configurando inegável responsabilidade objetiva

[33] TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 214, p. 17-18, set. 2010. p. 17.

[34] GODINHO, Inês Fernandes. *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal econômico.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 109-110.

[35] Neste sentido: „Nach meinung des Gerichts war das Organ das "gehirn" des Unternehmen, daher seien seine Handlungen und Seine Schuld diejenigen des Unternehmen selbst. Das Organ wird also als das ego des Unternehmen angesehen. Seine Handlungen und seine Schuld werden dem Unternehmen - ander als im Fall der Stellvertretendren Verantwortlichkeit - unmittelbar zugerechnet". KREMNITZER, Mordechai; GHANAYIM, Khalid. Die Strafbarkeit von Unternehmen. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft***,** Berlin, v. 113, n. 3, p. 539-564., 2001.p. 549-550.

[36] NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. Nueva Doctrina Penal. p. 125-159. Buenos Aires, 2008.p. 133.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

da mesma.

Ao se tratar de pessoas subordinadas (e não de superiores hierárquicos), o direito inglês fala em um "sistema vicarial" e, por esse modelo, pode-se transferir à empresa "todo ato cometido por um agente seu, no exercício de sua atividade, com a intenção de favorecê-la"[37]. Desta forma, por esse modelo vicarial, a responsabilidade pelo ato do subordinado pode ser transferida (vicariada) para a pessoa coletiva.

Neste sentido, explica Inês Godinho a diferença entre a teoria da identificação e a *vicarous liability:*

> A *vicarous liability* – no caso particular das pessoas colectivas, melhor designada por *full liability* – apresenta algumas diferenças em relação à teoria da identificação. Quase se poderia explicar pictoricamente através da figura do degrau. Com efeito, a *alter-ego theory* responsabiliza o topo da escada – empresa ou pessoa colectiva – pelos comportamentos daqueles que estão no último degrau. No que toca à *vicarous liability*, esta constrói a responsabilidade criminal com recurso a um degrau abaixo. Ou seja, o dirigente é responsável pelos comportamentos de do seu subordinado. Da óptica da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, portanto, no âmbito da construção apelidada de *full liability*, a empresa assume o papel do dirigente. Por outras palavras, responsabiliza a empresa pelos comportamentos daqueles que actuam em seu nome[38].

No mesmo sentido da crítica elaborada à teoria da identificação, pode se dizer, com relação ao sistema vicarial, que este implica em uma ampla e muitas vezes injusta responsabilização da pessoa jurídica, podendo se falar, mais uma vez, em uma responsabilidade penal automática ou objetiva destes entes[39].

Ainda dentro do modelo de heterorresponsabilidade, igualmente se destaca o modelo francês, com a denominada "Teoria do Ricochete". E duas condições são aqui necessárias para que se reconheça a responsabilidade das empresas, são elas: I. que a infração seja cometida por um órgão ou representante da "pessoa moral"; II. que seja cometida por "sua conta", ou seja, em seu interesse[40].

Também chamada de responsabilidade penal por empréstimo, subsequente ou por procuração, o modelo francês é assim explicado por Luiz Regis Prado:

> [...] a responsabilidade penal da pessoa moral está condicionada à prática de um fato punível suscetível de ser reprovado a uma pessoa física. Desse caráter subsequente ou de empréstimo resulta importante consequência: a infração penal imputada a uma pessoa jurídica será quase sempre igualmente imputável a uma pessoa física. Isso quer dizer: a responsabilidade da primeira pressupõe a da

[37] NIETO MARTÍN apud SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 107.

[38] GODINHO, Inês Fernandes. *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal econômico.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 110-111.

[39] Acolhido esse modelo pelo sistema norte-americano, a fim de se impedir essa responsabilidade automática dos entes coletivos, chegou-se ao conceito de Governança Corporativa, isto é, criam-se regras e estruturas internas dentro da empresa para que se possa prever e evitar os riscos inerentes à sua atividade. Esse sistema, importante dizer, funda-se em quatro pilares centrais, quais sejam: *Fairness* (equidade de tratamento entre os membros que compõem a empresa), *Disclosure* (transparência de informações), *Accontability* (confiança nos balanços apresentados pela empresa) e *Compliance* (mecanismo de verificação constante das técnicas de governança a fim de se verificar se estão estas sendo de fato aplicadas). Assim, por meio da Governança Corporativa e, principalmente, por meio de efetivos programas de *Compliance* a empresa, demonstrando que fez o que podia para evitar o cometimento do delito, poderá ver a sua responsabilidade reduzida. Nesse sentido: GUARAGNI, Fábio André; SARCEDO, Leandro. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 21). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/278-Responsabilidade-penal-da-pessoa- juridica>. Para um estudo mais aprofundado, vide: SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.p. 39-76.

[40] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 40.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

segunda[41].

Importante mais uma vez destacar, da mesma forma que foi feita aos dois modelos anteriores, a crítica referente à automaticidade com que a teoria do ricochete transfere a responsabilidade de uma pessoa física para a entidade coletiva. Assim, uma vez configurada a ilicitude e a culpabilidade de uma pessoa física, que praticara uma conduta no interesse da pessoa jurídica, ainda que não configurado um defeito de organização na mesma. Esta modalidade, conforme observa Leandro Sarcedo, limita demasiadamente as possibilidades de defesa da entidade coletiva, uma vez que sequer leva em consideração os controles internos e medidas preventivas realizadas pela mesma[42].

Ainda, conforme já salientado, vincular a responsabilidade da pessoa coletiva à responsabilidade da pessoa singular tem uma extrema dificuldade lógica e prática, uma vez que, dentro de um contexto de burocratização da vida econômica contemporânea, se torna muito difícil determinar um agente a quem seguramente se possa imputar a ação criminal[43].

A partir do exposto, passam a serem desenvolvidos os chamados modelos de "autorresponsabilidade" da pessoa jurídica, nos quais, muito embora em alguns sistemas ainda seja um pressuposto a atuação de uma pessoa física, a responsabilização do ente decorre de seus próprios atos e não de seus funcionários ou administradores. A responsabilidade penal para a pessoa física passa assim a ser independente da responsabilidade penal afirmada para a pessoa coletiva, ainda que se pressuponha a atuação de um representante ou empregado[44].

Desta sorte, este modelo baseia a responsabilidade do ente coletivo no seu próprio injusto e na sua própria culpabilidade e não os transfere de uma pessoa física que tenha atuado em seu interesse. Assim, o mais importante e decisivo será, não mais o comportamento antissocial da pessoa física, mas sim a atividade e o comportamento social do ente coletivo, tanto anterior como posterior à ocorrência do fato delituoso[45].

Nessa hipótese, para que seja imputada ao ente coletivo uma conduta criminosa, fala-se da necessidade de se haver demonstrada uma insuficiente organização corporativa, isto é, importante auferir se a empresa teria implementado medidas e diligências no sentido de se prevenir, descobrir e coibir a ocorrência de delitos no desenvolver de suas atividades, influindo, assim, em sua responsabilização (que poderá, inclusive, conduzir à sua absolvição ou mitigação da pena)[46].

Os modelos de autorresponsabilidade, conforme leciona Carlos Gómez-Jara Díez, nos parecem político-criminalmente mais vantajosos, uma vez que, em primeiro lugar, superam de maneira mais eficaz o fenômeno identificado pelo autor como de "irresponsabilidade organizada". Isto porque, não fazem a responsabilidade penal dos entes coletivos depender da identificação da

[41] PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 144.

[42] SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 107.

[43] GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica:* a teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015. p. XI.

[44] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas: regulação espanhola. *Ciências penais:* Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 9, n. 16, p. 109-146, jan./jun. 2012. p. 117.

[45] SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p.108.

[46] SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p.108.

autoria individual, o que, conforme já explicado, é extremamente dificultoso no âmbito de grandes corporações[47].

Neste sentido:

> De fato, um dos problemas dos modelos de heterorresponsabilidade é que dependem da constatação de uma determinada atividade delitiva por parte de uma pessoa física – ou mais ainda: que as pessoas físicas tenham atuado dentro de seu marco estatutário e, nos casos típicos dos fenômenos apontados, é impossível tal constatação. Pelo contrário, os modelos de autorresponsabilidade penal empresarial – e, entre eles, o construtivista – permitem classificações conceituais neste sentido que permitem fazer frente de maneira mais efetiva a esta problemática[48].

Importante destacar ainda, que sistemas baseados em modelos de autorresponsabilidade proporcionam melhores possibilidades de defesa para a pessoa jurídica, uma vez que não haverá imputação automática em caso de uma conduta proibida por parte de um funcionário ou administrador. Pelo contrário, abre-se espaço para a inclusão de causas de exclusão da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade no âmbito dos crimes praticados por entes coletivos[49].

Além disso, dentre os modelos de "autorresponsabilidade", alguns ainda apresentam a vantagem de superar a alegada incompatibilidade de alguns institutos do direito penal "tradicional" para com a pessoa jurídica, tais como o dolo, a culpabilidade e o erro. Destaca-se aqui, o chamado "modelo construtivista", que elaborado a partir da "teoria dos sistemas autopoiéticos" de Niklas Luhmann, busca desenvolver equivalentes funcionais para uma novel teoria do delito própria para as entidades coletivas, que tenha como pressupostos a atuação de uma pessoa física na representação e benefício da mesma (sem que seja necessária a identificação da autoria individual); e como fundamentos a (in)adequada organização da entidade com relação ao direito e se a mesma possuía ou não uma cultura empresarial de cumprimento da legalidade[50]-[51].

3 DO MODELO PORTUGUÊS DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Primeiramente, faz-se necessário falar que não há, na Constituição Portuguesa, qualquer dispositivo que se refira à responsabilidade penal da pessoa coletiva ou muito menos que restrinja esta possibilidade, e, em sendo assim, defende-se que não há qualquer impedimento constitucional que proíba que sejam responsabilizados penalmente os entes coletivos[52].

Nesse sentido, o acórdão de n° 213/95 do Tribunal Constitucional Português[53], que incidiu sobre o Art. 3.º do Dec. Lei n.º 28/84[54]:

[47] GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica:* teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 58-59.
[48] Idem, p. 60.
[49] GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica:* teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.p. 61.
[50] GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica:* teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.
[51] Para maiores detalhes sobre o modelo construtivista: [51] GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica:* teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa.* Madrid: Marcial Pons, 2005.
[52] SIMÕES, Natalia Mascarenhas. Responsabilidade penal da pessoa coletiva. O ordenamento jurídico português e o brasileiro. *Revista Jus Navigandi.* Ano 15, n. 2478. Teresina, 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14682>. Acesso em: 28 jun. 2017.
[53] PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão do TC nº 213/95, Processo n°479/93, 1ª Secção. Rel.Cons. Monteiro Diniz.20 de abril de 1995. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950213.html>. Acesso em: 28 de junho de 2017.
[54] "Art.3.º (Responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas) 1 - As pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infracções previstas no presente diploma quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

> Assim, a responsabilização criminal das pessoas colectivas e sociedades, expressamente consagrada no Dec.Lei 28/84, mais não é que a natural consequência de toda essa evolução, sendo com naturalidade abarcada pelo sentido da autorização legislativa, definidora de uma política criminal económica mais eficaz e actual.
> Se norma houvesse que limitasse a responsabilidade criminal às pessoas singulares ou, por outra via, que vedasse a responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou sociedades, o diploma em apreço, seria obviamente inconstitucional.
> Não havendo tal norma e sendo, em tese geral, admitida tal responsabilidade no nosso sistema penal, não se vê motivo para que o legislador do Dec.Lei nº 28/84 devesse estar limitado às pessoas singulares.

De fato, marco representativo para que Portugal aceitasse a responsabilidade penal da pessoa coletiva[55] teve seu início por meio da alteração do Código Penal Português em 1982, que passou a ter, em seu artigo 11.º, a seguinte redação: "*Salvo disposição em contrário,* só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal"[56].

E, vale dizer, essa alteração ocorreu de acordo com aquilo que já vinha sendo pronunciado pelo Conselho da Europa, isto é, que vinha se demonstrando favorável a "ampla punibilidade das pessoas coletivas no contexto do direito penal econômico e zonas contiguas (infrações ecológicas, contra os consumidores, etc.)"[57].

Já nesta época falava-se da inadequação do direito penal clássico tendo-se em vista as dificuldades e limitações de uma responsabilidade exclusivamente pessoal quando verificado o contexto da burocratização da vida econômica contemporânea[58]. Mas foi no ano de 2007, no entanto, que se verificou a alteração mais significativa no que tange à responsabilidade penal dos entes coletivos em Portugal[59]; foi introduzido o n°2 do Art. 11.º, que passou a prever que as pessoas coletivas poderiam ser responsabilizadas pelos crimes tipificados pelo próprio Código Penal Português[60].

Na sequência, acompanhando esse expansionismo da responsabilidade penal da pessoa coletiva, tem-se os arts. 90-A e ss., que passam a prever como penas principais para os entes coletivos as penas de multa e dissolução;

---

e no interesse colectivo.; 2 - A responsabilidade é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito;3 - A responsabilidade das entidades referidas no n.º 1 não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o n.º 3 do artigo anterior". PORTUGAL. DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, sobre as Infracções Antieconómicas e contra a Saúde Pública. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=172&tabela=leis>. Acesso em: 29 de junho de 2017.

[55] Vale ressaltar que não é uma abertura para uma ampla responsabilidade penal, mas sim com relação a um rol de delitos específicos constantes do bastante criticado nº. 2 do Art. 11º. Neste sentido: BRANDÃO, Nuno. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El caso português. *Eguzkilore:* Cuaderno de lo Instituto Vasco de Criminología, n. 28, p. 125-144. San Sebastián , 2014. p. 133-134.

[56] ANTUNES, Maria João. Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas: Alterações introduzidas pela Lei nº 59/2007 de 4 de setembro. In: AAVV. *Estudos de Direito do Consumidor*.p.165-170. Coimbra: Centro do Direito do Consumo, 2006/2007.p.165; ASSUNÇÃO, Filipa Vasconcelos de. A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Em Especial a Problemática da Culpa. Tese (Mestrado Forense). Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa. Lisboa, 2010. p.13-14. Disponível em: <http://www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/RESEARCH/Dissertations/Filipa_Vasconcelos_de_As suncao.pdf>. Acesso em: 27 de junho de 2017.

[57] Sobre o tema: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, Setembro de 1982). *Revista de Direito e Economia*. Coimbra, Ano 8, n°2. p. 277-298. jul./dez., 1982.p.290-291.

[58] Idem, ibidem.

[59] BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do código penal. *Revista do CEJ*, n°8, especial: Jornadas sobre a revisão do Código Penal. p.41-54. Lisboa, 2008. p.41-43.

[60] Até então, apenas algumas normas de direito secundário (principalmente no que tange à proteção de bens jurídicos ligados aos direitos econômicos) haviam previsto a responsabilidade em legislações avulsas, com caráter econômico e financeiro; e, em regra, aplicando-se a pena de multa (que é, de fato, em essência, a pena aplicada às pessoas coletivas).

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

como acessórias, a injunção judiciária, a interdição do exercício de atividade, proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades, privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos, encerramento de estabelecimento e publicidade da decisão condenatória, e; como penas de substituição, a admoestação (art.90-C), a caução de boa conduta (art. 90-D) e a vigilância judiciária (art.90-E)[61].

Há ainda de se frisar que no direito português, por seguir um sistema dualista (crimes e contraordenações), além de responder por eventuais condutas criminais, os entes coletivos também poderão responder quando violarem uma regra derivada de uma contraordenação. Valendo dizer que é, inclusive, no âmbito das contraordenações que se verificam as sanções mais severas, a exemplo disso, tem-se que nos regimes contraordenacionais (setor energético, por exemplo[62]), é previsto como limite máximo da coima o montante de 10% do lucro da empresa, valor este que pode facilmente superar o limite da multa previsto no Código Penal Português[63].

No que tange à responsabilidade, enquanto que nas contraordenações a responsabilidade da pessoa física é excluída frente à responsabilidade da pessoa coletiva, no âmbito penal verifica-se a responsabilidade concorrente, isto é, pode haver a responsabilização tanto da pessoa coletiva como da pessoa física com relação ao mesmo fato.

Já com relação aos modelos de responsabilidade (heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade), de acordo com a leitura do Art. 11. °, n° 2 – "a" e "b" do Código Penal Português, verifica-se que foram adotados ambos os modelos. Lê-se no artigo:

> Artigo 11.º Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas:
> [...] 2 — As pessoas colectivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado, de outras pessoas colectivas públicas e de organizações internacionais de direito público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 152.º - A e 152.º - B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º, sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º - A e 372.º a
> 374.º, quando cometidos:
> a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou
> b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem[64].

Vale ressaltar que, em complemento à alínea "a", consta, no art. 11.º, n° 4, a seguinte disposição: "entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade"[65].

Fala-se desse modo que, para efeitos de responsabilidade penal, não só os atos cometidos pelos órgãos e representantes serão considerados,

[61] BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do código penal. *Revista do CEJ*, n°8, especial: Jornadas sobre a revisão do Código Penal. p.41-54. Lisboa, 2008.p.43.

[62] Lei 9/2013, Art.32°, n°2: "No caso das contraordenações muito graves, a coima determinada nos termos do número anterior não pode exceder, para cada sujeito infrator, 10 % do respetivo volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela ERSE".

[63] "Artigo 47.º Pena de multa**.** 1 — A pena de multa é fixada em dias, de acordo com os critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 71.º, sendo, em regra, o limite mínimo de 10 dias e o máximo de 360. 2 — Cada dia de multa corresponde a uma quantia entre € 5 e € 500, que o tribunal fixa em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos pessoais" PORTUGAL. *DL nº. 48/95, de 15 de Março:* Código Penal de 1982: versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis >. Acesso em 08 de outubro de 2017.

[64] PORTUGAL. *DL nº. 48/95, de 15 de Março:* Código Penal de 1982: versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis >. Acesso em 08 de outubro de 2017.

[65] PORTUGAL. *DL nº. 48/95, de 15 de Março:* Código Penal de 1982: versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis >. Acesso em 08 de outubro de 2017.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

mas também todos aqueles praticados por sujeitos que, ainda que sem poder de representação externo, tenham autoridade para exercer controle da atividade, incluindo-se, aqui, os administradores de fato[66].

Assim, o que se verifica a partir da análise desta primeira alínea é uma responsabilidade determinada a partir do modelo de heterorresponsabilidade, em sua vertente, retirada do modelo inglês, de "teoria da identificação"[67], isto é, aqueles que ocupam uma posição de liderança na empresa se identificam com o ente coletivo.

No entanto, vale ressaltar que, conforme previsto pelo Art. 11.º, n° 7 do Código Penal Português, não se exige que a responsabilidade criminal da pessoa coletiva seja cumulada com a da pessoa individual, mas apenas não se exclui essa possibilidade. Pode-se, deste modo, se responsabilizar criminalmente somente a pessoa coletiva, somente os seus representantes, ou ambos[68].

Também está contido nessa alínea o caso de o administrador, que, possuindo dever de garante sobre seus funcionários e tendo conhecimento de que uma infração está sendo cometida, decide se omitir. Nesse caso, o administrador, nos termos da alínea "a", poderá ser responsabilizado por omissão e a própria pessoa coletiva também poderá ser responsabilizada.

No caso da alínea "b", no entanto, verifica-se que o modelo adotado foi algo mais próximo da "autorresponsabilidade", e isto pois, apesar de ser imprescindível que o resultado possa ser imputado a uma pessoa física que atue em nome da empresa, segundo esta alínea, a responsabilidade dependerá de o ato ter ocorrido em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controle[69].

Assim, apesar de se prever que a pessoa coletiva será responsabilizada por ato de seu subordinado (o que seria conforme o modelo de heterorresponsabilidade), a alínea daria margem ao modelo de autorresponsabilidade na medida em que o ente coletivo não responderia por qualquer fato, mas só por aqueles no qual se teria violado os deveres de vigilância.

Desta forma, o dever de controle e vigilância que são impostos pela alínea "b" do art. 11.º seria o elemento constituinte da infração. Assim, mais do que ser subordinada a pessoa individual, da companhia, para haver a responsabilidade do ente coletivo depender-se-á da falta do dever de controle por quem tem o poder de vigilância (valendo lembrar que, da mesma forma que a alínea anterior, os atos aqui também deverão ter sido cometidos no interesse e em nome da companhia).

É, sobretudo, por conta dessa alínea "b", que se verificam os programas de "c*ompliance"*, isto é, por se dizer expressamente sobre a violação dos deveres de vigilância[70]. Ainda neste sentido, o art.11.º, n° 6, prevê: "A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito".

Há de se falar, no entanto, que não há propriamente um dever escrito na lei de criação de um programa de compliance (até porque isso dependeria da dimensão e consequente complexidade na estruturação da empresa); sendo

[66] BRANDÃO, Nuno. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués. *Eguzkilore:* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 28. p. 125-144. San Sebastian, 2014. p. 129.

[67] Vide tópico 2.1.

[68] ANTUNES, Maria João. *Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas – Alterações introduzidas pela Lei nº 59/2007.* Estudos do Direito do Consumidor. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito do Consumo. Edição n. 8, setembro, 2006. p.167.

[69] ANTUNES, Maria João. *Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas – Alterações introduzidas pela Lei nº 59/2007.* Estudos do Direito do Consumidor. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito do Consumo. Edição n. 8, setembro, 2006. p. 130.

[70] Sobre o tema, vide nota 40.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

importante, de fato, é que a empresa, em função das suas características próprias, consiga adotar um mecanismo de prevenção de riscos a fim de se prevenir a prática de condutas criminosas.

4 ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO PORTUGUÊS

A despeito de já ter sido declarada a constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica em Portugal[71], verifica-se que, no entanto, que o Art. 11.º, n°2, alínea "a" tal como foi redigido fere o "princípio da culpabilidade", princípio que, apesar de não constar expressamente na Constituição Portuguesa, verifica-se como princípio fundante do Código Penal.

Conforme explicam Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, o princípio da culpabilidade possui uma tripla significação no direito penal. Enquanto que as duas primeiras, quais sejam, o da culpabilidade como fundamento da pena[72] e o da culpabilidade como elemento de determinação ou medição da pena[73] são objetos de viva discussão, o terceiro, da culpabilidade como proscrição da responsabilidade puramente objetiva é unanimemente aceito. Neste sentido, explicam os autores que:

> En todo caso parece hoy fora de discusión en el moderno Derecho penal que la pena tanto en su fundamento, como en sus limítes, depende del grado de *participación o responsabilidad subjetiva* del sujeto en la realización del delito y que si ésta falta, no sólo cuando no hay dolo o imprudencia respecto al resultado delictivo, sino también cuando el sujeto carece del grado de desarrollo mental necesario, desconoce que el hecho estaba prohibido o no le era exigible otro comportamiento, carece de sentido imponer una pena ya que la norma penal no puede desarrollar la función motivadora que la caracteriza[74].

Neste sentido, conforme explica Paulo Busato, o princípio em análise mostra-se como verdadeira garantia contra os excessos do estado punitivo, impedindo a responsabilização objetiva[75].

Não é diferente no ordenamento jurídico português, uma vez que, conforme leciona Américo Taipa de Carvalho, não há responsabilidade penal sem culpa, sendo esta uma exigência da própria dignidade da pessoa e do estado de Direito, não podendo deixar-se de "considerar como sua pedra angular, como sua matriz irrenunciável"[76].

No mesmo sentido, José de Faria Costa entende que o princípio da *"nulla pena sine culpa"* é informador e regulador de todo o ordenamento jurídico penal, tendo acolhimento unânime na doutrina e jurisprudência[77].

Na jurisprudência, ainda que referente ao regime de contraordenações, destaca o Acórdão

[71] Uma vez que não há qualquer dispositivo constitucional que se refira à responsabilidade penal da pessoa coletiva ou mesmo ao princípio da individualidade da responsabilidade criminal (vide tópico 2.2).

[72] "Por un lado, la *culpabilidad como fundamento de la pena* se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, es decir, prohibido por la ley penal con la amenaza de una pena. Para ello se exige la presencia de una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, exigibilidad de otra conducta distinta) que constituyen los elementos positivos específicos del concepto dogmático de culpabilidad". MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal:* parte general. 8.ed., rev. y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 92.

[73] "Aquí ya no se trata de fundamentar el sí, sino de determinar el cómo de la pena, su gravedad, su duración; en una palabra, la magnitud exacta que, en el caso concreto, debe tener una puna cuya imposición ha sido ya fundamentada". MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal:* parte general. 8.ed., rev. y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 92.

[74] MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal:* parte general. 8.ed., rev. y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 93.

[75] BUSATO, Paulo César. *Direito penal:* parte geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 72.

[76] CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal:* parte geral: questões fundamentais: teoria geral do crime. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 457.

[77] COSTA, José de Faria. Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objetiva no direito penal português. *Revista de Direito Penal,* Rio de Janeiro, n. 35, p. 16-53., jan./jun. 1983. p. 17.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

de n°252/2016 do Tribunal Constitucional:

> No plano infraconstitucional, à semelhança do que sucede em direito penal, o direito de mera ordenação social português também repudia a responsabilidade objetiva, pois, segundo o disposto no n.º 1, do artigo 1.º, do regime geral das contraordenações, aprovado pelo Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro (RGCO), na redação do Decreto-lei n.º 244/95, *"constitui contraordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima"* (sublinhado acrescentado)
> [...] De facto, o princípio da culpa, "[s]ignifica no essencial, conforme escreveu JOSÉ DE SOUSA E BRITO que *"a pena se funda na culpa do agente pela sua ação ou omissão, isto é, em juízo de reprovação do agente por não ter agido em conformidade com o dever jurídico, embora tivesse podido conhecê- lo, motivar-se por ele e realizá-lo. A culpa pressupõe a consciência ética e a liberdade do agente, sem admissão das quais não se respeita a pessoa nem se entende o seu direito à liberdade. Implica que não há pena sem culpa, excluindo-se a responsabilidade penal objetiva, nem medida da pena que exceda a da culpa"* (em "A lei penal na Constituição"*, in "Estudos sobre a Constituição"*, 2.º volume, ed. de 1978, da Petrony) (cfr. Acórdão n.º 336/2008)."[78].

Ora, uma vez sendo aparentemente de unânime aceitação o "princípio da culpabilidade" no ordenamento jurídico Português, nos parece problemática a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica em razão de um injusto culpável praticado uma pessoa que nela ocupe posição de liderança, ainda que não seja identificado nela qualquer defeito organizacional.

Isto porque, ao se prever que as pessoas coletivas serão responsabilizadas quando forem praticados atos "em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança", fala-se aqui literalmente, da responsabilização objetiva da empresa, ou seja, mesmo que não seja identificada qualquer espécie de defeito de organização na mesma.

Não é necessária, sequer, a obtenção de qualquer benefício pela entidade, bastando que o administrador tenha visado esta possibilidade[79].

A origem de tal posicionamento, o qual, no nosso entendimento, com a devida vênia, deve ser criticado, aparenta residir na equiparação do injusto subjetivo do administrador ou de outra pessoa ocupante de cargo de direção, com o injusto da própria pessoa jurídica, como se indissociáveis fossem. Entende, parcela significativa da doutrina portuguesa, que o injusto levado a cabo pelo administrador em nome próprio, mas no interesse da entidade coletiva, é como se dela fosse. Neste sentido, ilustrativo o entendimento de Inês Fernandes Godinho:

> Como vimos, as pessoas colectivas são responsabilizadas pelos actos que projectam "para fora" através dos seus órgãos ou representantes – sublinhe-se, quando estes órgãos actuem em seu nome e no interesse coletivo -, sendo estes actos considerados como actos próprios da pessoa colectiva. Por isso falamos em uma atribuição directa de responsabilidade. Os órgãos (e representantes), sob este prisma, constituem refrações da pessoa colectiva que a corporizam no tráfego jurídico e, por esta razão, justificam a sua responsabilização em sede de direito criminal[80].

Conforme leciona Fernando Torrão, a responsabilidade penal da pessoa jurídica em Portugal se escora essencialmente na chamada "teoria dos órgãos", segundo a qual, no âmbito do direito civil, os atos praticados pelos órgãos das pessoas jurídicas seriam considerados como atos próprios das mesmas [81]. E ainda com as modificações introduzidas pela Lei 59/2007,

---

[78] PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão do TC nº 252/2016, Processo n°777/15, 3ª Secção. Rel. Conselheira Catarina Sarmento e Castro. 04 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950213.html>. Acesso em: 28 de junho de 2017.

[79] Neste sentido: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal:* à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 138.

[80] GODINHO, Inês Fernandes. *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 158

[81] ANDRADE apud TORRÃO, Fernando. *Societas delinquere Potest?:* da responsabilidade individual e colectiva nos "crimes de Empresa". Coimbra: Almedina, 2010. p. 454.

oportunidade na qual restou consagrada a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Código Penal Português, ainda que introduzindo, segundo o autor, correções a uma adoção estrita da teoria em comento, continua a se situar sobre as bases de uma teoria da identificação, conforme explica:

> Em primeiro lugar, e no que tange ao universo das pessoas singulares cujos actos delituosos se podem imputar às pessoas colectivas, aplaude-se a substituição da (já) tradicional expressão "órgãos ou representantes" pela fórmula de "pessoas [singulares] que nelas [nas pessoas colectivas] ocupem uma posição de liderança" encontrada na alínea a) do nº. 2 do art. 11º. do CP. Deste jeito se liberta o modelo de imputação, aqui consagrado, do *formalismo* característico da teoria dos órgãos que tantos entraves de política criminal suscita, adoptando-se um critério *materialmente* mais ajustável à realidade idiossicrática das pessoas colectivas. E esta técnica legislativa não deixa de persistir enquadrada no horizonte compreensivo da *doutrina da identificação (*ou da *teoria dos órgãos).*[82]

Ora, uma vez identificado o modelo português de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, com a chamada "teoria da identificação", ao menos no que se refere à alínea "a" do número "2" do artigo 11º., a ele direcionam-se todas as críticas já elaboradas à referida teoria[83].

Primeiramente, mostra-se injustificável, sob uma perspectiva político-criminal, fazer depender a responsabilidade penal da pessoa jurídica da identificação da autoria individual no seu interior. Isto porque, conforme já deveras salientado, no âmbito de grandes corporações, esta atividade de individualização mostra-se extremamente dificultosa, ainda que se trate de uma ação ou ordem derivada de uma pessoa ocupante de um cargo de gestão ou administração.

Aliás, neste sentido, já diagnosticou, Fernando Torrão, o fato de que nas estruturas organizacionais contemporâneas, marcadas pela complexidade, diversas ordens ou decisões "se situam fora do formal "órgão dirigente", em virtude da descentralização de competências, por diversos mecanismos, para ouros escalões altos e intermédios da respectiva estrutura hierárquica.[84]".

Ora, se uma das principais razões político-criminais elencadas para justificar a necessidade de responsabilização criminal das pessoas jurídicas é justamente a dificuldade de identificação da autoria individual na sua complexa e hierarquicamente dividida estrutura, não vemos justificativa plausível para fazer depender a mesma desta individualização, residindo aqui, a primeira crítica a este modelo.

Parece-nos, ainda, que o sistema em análise parte de um pressuposto atualmente ultrapassado, qual seja, de que a pessoa coletiva seria uma ficção jurídica, não possuindo capacidade de ação ou vontade própria. Aparenta entender, que a culpa do ente coletivo se mistura com a da própria administração, de maneira com que dos atos antijurídicos desta em seu interesse deve decorrer a quase automática responsabilização daquele.

Conforme já demonstrado anteriormente, entendemos que estes pressupostos não merecem mais prosperar, uma vez que a chamada "teoria da ficção" vem sendo paulatinamente substituída pela "teoria da realidade objetiva", que defende terem as pessoas jurídicas existência real e capacidade de realizar atos de vontade, seja através de decisões de sua assembleia geral, seja até mesmo através de decisões da administração, decisões estas, muito importante destacar, que não se confundem com a decisão individual de

[82] TORRÃO, Fernando. *Societas delinquere Potest?:* da responsabilidade individual e colectiva nos "crimes de Empresa". Coimbra: Almedina, 2010. p. 462.
[83] Vide capítulo 3.
[84] TORRÃO, Fernando. *Societas delinquere Potest?:* da responsabilidade individual e colectiva nos "crimes de Empresa". Coimbra: Almedina, 2010. p. 462.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

cada administrador[85].

Por fim, inegável se mostra que, uma vez não podendo serem equiparadas a culpa da empresa com a culpa das pessoas integrantes de sua administração, a previsão contida na alínea "a", do número "2" do artigo 11º. do Código Penal Português, fere de morte o princípio da culpabilidade, uma vez que prevê a possibilidade de responsabilizar a pessoa coletiva sem que seja sequer ventilada a existência de um ilícito típico culposo por ela praticado, ou seja, possibilita a sua responsabilização objetiva por um crime praticado pelo seu administrador ou gerente.

Esta possibilidade poda, praticamente, qualquer chance de exercício de defesa por parte da entidade coletiva, uma vez que esta se vê impossibilitada de arguir qualquer espécie de excludente de tipicidade, ilicitude e culpabilidade em seu favor. Não são levadas em conta quaisquer medidas prévias tomadas pela empresa, no sentido de prevenir a ocorrência de crimes ou identificar a autoria individual. Em outras palavras, abstrai-se da sua (des)organização corporativa e da (falta de)cultura de cumprimento das normas[86].

É visando superar estes problemas, inclusive, que se observa não apenas uma crescente tendência de adoção e sustentação de modelos de autorresponsabilidade das pessoas jurídicas por ordenamentos jurídicos, doutrina e jurisprudência, como também a busca pelo desenvolvimento de novos modelos de sistemas de imputação pensados exclusivamente para as pessoas jurídicas[87], que partem não apenas da necessidade de elaboração de um novo direito material e processual penal para estas entidades, como tendo como pressuposto a possibilidade de as pessoas coletivas substituírem, em casos específicos, as pessoas físicas como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal[88].

CONCLUSÃO

Conforme exposto, restou demonstrado que a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem-se mostrado uma crescente realidade nos ordenamentos jurídicos, fato este decorrente, dentre outros motivos, da elevada criminalidade econômica e empresarial, potencializada pelo avanço tecnológico e da globalização.

Restou evidente, porém, que diversos modelos dogmáticos existem, no que se refere à adoção do instituto em análise, podendo estes serem agrupados em sistemas de "heterorresponsabilidade" e de "autorresponsabilidade", conforme se baseiem da transferência da responsabilidade de uma pessoa física para a jurídica, ou busquem fundamentar tal responsabilização no próprio injusto desta última, configurado, de maneira geral, com base na sua organização corporativa.

Buscou-se demonstrar, porém, que os modelos de "heterorresponsabilidade" apresentam claras dificuldades de difícil superação, dentre as quais, a dificuldade de identificação da autoria individual no interior de grandes corporações; a limitação que esta representa no exercício de defesa da pessoa jurídica, que se vê impossibilitada de arguir excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade em seu favor; além da inegável violação do princípio da culpabilidade, uma vez

[85] Neste sentido: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 85-88.

[86] Neste sentido: SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 107.

[87] Neste sentido, dentre outros: GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidade penal de las personas jurídicas* – bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Buenos Aires: B. de F., 2010. p.447 e ss

[88] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte geral-Tomo I, Questões fundamentais:*a doutrina geral do crime. 2ª edição. Portugal: Coimbra Editora, 2007. p.298.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

que à pessoa coletiva é transferida a responsabilidade do administrador quando este, no interesse daquela, comete um ilícito, independentemente da existência de qualquer injusto por parte da entidade.

É neste sentido, que se buscou analisar de maneira crítica a alínea "a", do nº. 2, do artigo 11º. do Código Penal Português, que assumidamente adotando a vetusta "teoria da identificação", entende pela possibilidade de responsabilização da pessoa coletiva, quando em seu interesse for cometido ilícito por pessoa que nela ocupe posição de liderança.

Conforme se mostrou demonstrado, ainda que o Tribunal Constitucional tenha se manifestado no sentido da constitucionalidade do dispositivo, tem-se por evidente a violação do princípio da culpabilidade, já que, o pressuposto adotado pelo legislador português para a adoção deste entendimento, qual seja, a de que a manifestação dos órgãos de direção seria a manifestação da própria pessoa jurídica, cai por terra quando se observa que as empresas são verdadeiros entes sociais capazes de ação e de manifestação de vontade.

Assim, ainda que se reconheça a importância do sistema português de responsabilidade penal da pessoa jurídica, um dos pioneiros dentre os ordenamentos da Europa continental, mister se faz, *data vênia*, para a garantia de um modelo que equilibre as necessidades de persecução de crimes empresariais com os direitos e garantias das pessoas jurídicas, um reestudo do instituto, buscando adequá-lo às novas propostas doutrinárias e atuais entendimentos jurisprudenciais.

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/

REFERÊNCIAS

ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tesis doctoral. Universidad de Santiago de Compostela, 2001. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0p0z9>. Acesso em: 17 mai. 2017.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal:* à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, Setembro de 1982). *Revista de Direito e Economia*. Coimbra, Ano 8, n°2. p. 277-298, jul./dez., 1982.

ANTUNES, Maria João. Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas: Alterações introduzidas pela Lei nº 59/2007 de 4 de setembro. In: AAVV. *Estudos de Direito do Consumidor.*. Coimbra: Centro do Direito do Consumo, 2006/2007.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. *Revista Penal*, Valencia, v. 1, n. 1, p. 1-15, jan. 1998.

ASSUNÇÃO, Filipa Vasconcelos de. A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Em Especial a Problemática da Culpa. Tese (Mestrado Forense). Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa. Lisboa, 2010. Disponível em: <http://www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/RESEARCH/Dissertations/Filipa_Vas concelos_de_Assuncao.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BACIGALUPO, Enrique. *"Compliance" y derecho penal.* 1.ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2012.

BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do código penal. *Revista do CEJ*, n°8, especial: Jornadas sobre a revisão do Código Penal. Lisboa: 2008.

_____. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso portugués. *Eguzkilore:* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 28. San Sebastian, 2014.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal:* parte geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal:* parte geral: questões fundamentais: teoria geral do crime. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COSTA, José de Faria. Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objetiva no direito penal português. *Revista de Direito Penal,* Rio de Janeiro, n. 35, p. 16-53, jan./jun. 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal:* Parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2ª edição. Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas: regulação espanhola. *Ciências penais:* Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 9, n. 16, p. 109-146, jan./jun. 2012.

GODINHO, Inês Fernandes. *A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las empresas. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 5, n. 20, p. 57-82, out./dez. 2005.

_____. *La culpabilidade de la persona jurídica.*In: BAJO FERNANDEZ, Miguel Bajo; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de Responsabilidad Penal de las personas jurídicas.* Pamplona: Thomsom Reuters, 2016.

_____. *La culpabilidad penal de la empresa.* Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. *Fundamentos modernos de la responsabilidade penal de las personas jurídicas* – bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Buenos Aires: B. de F., 2010.

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica:* a teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: *Direito penal econômico:* estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. Organização de William Terra de OLIVEIRA et al. São Paulo: LiberArs, 2013.

GUARAGNI, Fábio André; SARCEDO, Leandro. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 21). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/278-Responsabilidade-penal-da- pessoa-juridica>. Acesso em: 26 jun. 2017.

JANUÁRIO, Túlio Felippe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 19, n.30, p.1-21, ago-dez, 2015. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2018>. Acesso em: 07 out. 2017.

KREMNITZER, Mordechai; GHANAYIM, Khalid. Die Strafbarkeit von Unternehmen. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft***,** Berlin, v. 113, n. 3, p. 539-564, 2001

MARCANTE, Marcelo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e a tutela do meio ambiente na sociedade do risco: abordagem crítica sobre os delineamentos da culpabilidade empresarial e o sistema da dupla imputação. *Revista de estudos criminais,* Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 211-231, jul./set. 2014.

MINISTÉRIO DAS FINANÇAS – SECRETARIA DO ESTADO DO TESOURO. *Decreto-lei 630/76, de 28 de julho.* Diário da República nº 175/1976, Série I de 28-07-1976. Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/97002/decreto-lei-630-76-de-28-de-julho>. Acesso em 05 out. 2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal:* parte general. 8.ed., rev. y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas:* un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008.

NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires, 2008.

PORTUGAL. *DL nº. 28/84, de 20 de janeiro:* altera o regime em vigor em matéria de infracções antieconómicas e contra a saúde pública. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=172&tabela=leis>. Acesso em: 06 out. 2017.

PORTUGAL. *DL nº. 48/95, de 15 de Março:* Código Penal de 1982: versão consolidada posterior a 1995. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>. Acesso em: 08 out. 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão do TC nº 213/95, Processo n°479/93, 1ª Secção. Rel.Cons. Monteiro Diniz.20 de abril de 1995. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950213.html>. Acesso em: 28 out. 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão do TC nº 252/2016, Processo n°777/15, 3ª Secção. Rel. Conselheira Catarina Sarmento e Castro. 04 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950213.html>. Acesso em: 28 jun. 2017.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. A globalização do direito penal – da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. In: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *O direito penal europeu emergente.* p. 347- 360. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

_____. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:* construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php> Acesso em: 26 jun. 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *La Expanción del Derecho Penal:* aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SIMÕES, Natalia Mascarenhas. Responsabilidade penal da pessoa coletiva. O ordenamento jurídico português e o brasileiro. *Revista Jus Navigandi.* Ano 15, n. 2478. Teresina, 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14682>. Acesso em: 28 jun. 2017.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, v. 18, n. 214, p. 17-18, set. 2010.

TIEDEMANN, Klaus. Corporate criminal liability as a third track. In: BRODOWSKI, Domink; DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim. (ed.) *Regulating Corporate Criminal Liability.* Heidelberg: Springer International Publisher Switzerland, 2014.

TORRÃO, Fernando. *Societas delinquere Potest?:* da responsabilidade individual e colectiva nos "crimes de Empresa". Coimbra: Almedina, 2010.

VIDAL, Paulo. *Direito Penal e Responsabilidade objetiva.* Trabalho preparatório à Dissertação de Mestrado (Mestrado de Direito). Universidade de Coimbra. Coimbra, 2002/2003. Disponível em: <http://www.vidal-advogados.com/artigos/1d6ef88afc.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

Recebido em: 22/10/2017
Aceito em: 10/12/2017

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, p. 261-285, dez. 2018.
ISSN: 0104-6594 Site http://seer.ufrgs.br/revfacdir Email: revistafacdir@ufrgs.br
Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 – Centro Histórico – Porto Alegre – RS – Brasil
CEP 90040-000 – Telefone: +55 51 3308-3118 – Site http://www.ufrgs.br/direito/