

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



Mestrado Profissionalizante

Ciências Jurídico-Forenses

***A Responsabilidade Jurídico-penal em grupos de
empresas***

Orientadora: Professora Doutora Teresa Quintela de Brito

Marisa Alexandra de Brito Gonçalves

N.º 21458

Julho 2018

*Aos meus pais,
Ao Gonçalo,
A todos o que tornaram o
meu percurso académico
um caminho mais fácil de percorrer.*

Índice

Lista de abreviaturas.....	4
Resumo.....	5
Abstract.....	6
Introdução.....	7

PARTE I

SOCIETAS DELINQUERE POTEST

1. Primeiras Considerações.....	8
2. A pessoa coletiva e sua natureza jurídica.....	10
3. Modelos de legitimação de imputação jurídico-penal	12
3.1.O Raciocínio analógico de Jorge de Figueiredo Dias.....	12
3.2 A racionalidade material dos lugares inversos de Faria Costa.....	13
3.3 Tiedmann e a culpa por défice de organização.....	14
4. Modelos de atribuição de responsabilidade às pessoas coletivas.....	17
4.1 Modelos de heteroresponsabilidade ou de responsabilidade por substituição...	17
4.2 Modelos de autorresponsabilidade ou de responsabilidade direta.....	18
4.3 O modelo intermédio: o modelo da vicarious liability.....	18

PARTE II

GRUPOS DE SOCIEDADES

1.1. Notas Introdutórias.....	19
1.2 Situações de atribuição de responsabilidade penal à sociedade dominante	21
1.2.1 Em especial: as sociedades em relação de domínio.....	21
1.2.2 Em especial: Sociedades em relação de grupo.....	27
1.3 Da figura do Levantamento do véu corporativo enquanto mecanismo de proteção das Sociedades subordinadas.....	31

1.4. Responsabilidade da sociedade dominante pela prática de factos da sociedade dominada.....	36
1.4.1. A Sociedade-Espantelho.....	36
1.4.2. A existência de co-comissão do facto.....	38

Parte III

RESPONSABILIDADE JURÍDICO-PENAL EM GRUPOS DE EMPRESAS

1. Responsabilidade Jurídico-Penal em Grupos de Empresas.....	40
1.1. Critérios formais de imputação jurídico-penal da pessoa coletiva.....	40
1.2. Critérios materiais de imputação jurídico-penal da pessoa coletiva.....	44
1.2.1. Existência de um facto praticado em nome e no interesse da pessoa coletiva....	44
1.2.2. Culpa.....	49
1.3. Critérios de atribuição de responsabilidade penal (solidária) à sociedade-filha e/ou à sociedade-mãe: em especial, o acórdão Azko Nobel.....	52
2. Imputação subjetiva.....	56
2.1. A prova do dolo da pessoa jurídica perante o Acórdão n.º 250/2006 do Tribunal Constitucional (relator: Gil Galvão).....	56
Conclusões	60
Bibliografia.....	65

Lista de Abreviaturas

Cfr. - conferir

CRP- Constituição da República Portuguesa

CP- Código Penal

CSC- Código das Sociedades Comerciais

N.º - número

pp.- página

TC- Tribunal Constitucional

RGIT- Regime Geral das Infrações Tributárias

Vol. - volume

Resumo

A presente dissertação visa abordar a questão da responsabilidade das pessoas coletivas e as suas implicações ao nível dos grupos de empresas.

A mesma encontra-se dividida em três partes.

Na primeira parte, pretendemos construir a responsabilidade da pessoa coletiva, enquanto meio fundamental para fazer face à emergência de novas criminalidades. Para além disso dar-se-á especial relevância ao enquadramento constitucional, à natureza jurídica do ente coletivo e a sua coordenação com o instituto do *Societas Delinquere Potest*.

Na enunciação do tema supra referido, ter-se-á em atenção os modelos que legitimam essa responsabilidade e que garantem a imputação jurídico-penal efetiva da pessoa coletiva e da pessoa física que atua em nome e no seu interesse.

Na segunda parte, propomo-nos, primariamente, a introduzir a temática da inserção da pessoa coletiva em grupos de empresas. Após a constatação da possibilidade de integração desta numa organização complexa, analisaremos as relações de grupo e as relações de domínio, pois estas originam uma perda de autonomia das sociedades-filhas.

Na terceira parte, daremos especial atenção à responsabilidade da pessoa coletiva e alguns problemas práticos inerentes à interação num grupo de empresas. A nossa análise incidirá, principalmente, na responsabilidade da pessoa jurídica quando existe uma relação de domínio, pois neste tipo de relação, a sociedade-mãe exerce uma influência que tem reflexo tanto na sociedade dominada como nos credores desta.

Palavras-chave: grupos de empresas; sociedade-mãe; sociedades-filha; responsabilidade; relações de domínio.

Abstract

This dissertation aims to address the issue of liability of legal persons and their implications at the level of groups of companies.

The thesis is divided into three parts.

In the first part, we intend to build the liability of a legal person, as fundamental mean to cope with the emergence of new Criminalistics. In addition we will give special relevance to the constitutional framework, the legal nature of the collective entity and the coordination with *Societas Delinquere Potest*.

In the enunciation of the above-mentioned theme, attention will be paid to the models that legitimize this responsibility and which guarantee a criminal-legal imputation of the collective person and of the natural person acting on behalf and in their interest.

In the second part, we propose, primarily, to introduce the theme of insertion of the corporate person into groups of companies. After establishing the possibility of integrating it into a complex organization, we will analyze the group relations and the domain relations, since these originate a loss of autonomy of the daughter societies.

In the third part, we will give special attention to the responsibility of the collective person and some practical problems inherent to the interaction in a group of companies. Our analysis will focus mainly on the liability of the legal entity when there is a relationship of dominance, because in this type of relation, the parent company exerts an influence that has a reflection both on the dominated society and on the creditors of it.

Keywords: groups of companies; parent company; daughter societies; responsibility; domain relations.

Introdução

Com a elaboração do presente trabalho pretendemos analisar as questões relativas à responsabilidade da pessoa jurídica ao abrigo do Regime imposto pela Lei N.º 59/2007 de 4 de Setembro.

É ponto assente que cada vez mais se verifica a necessidade de adaptação e de resposta a novas formas de criminalidade, que por força da globalização se vêm impondo na sociedade moderna. Por forma a acompanhar essa evolução económica e social, o Direito evoluiu no sentido de ultrapassar a conceção de um Direito penal concebido e criado em torno do ser individual.

É na tentativa de demonstrar essa evolução que nos propomos a suscitar e analisar as questões que, do ponto de vista da pessoa jurídica, enquanto ser suscetível de imputação jurídica, demonstram interesse jurídico.

Na primeira parte pretende-se dar algumas pistas sobre a natureza da pessoa jurídica e abordar a questão dos modelos de legitimação de responsabilidade da mesma.

Por sua vez, é ponto assente que nos dias que correm, o grupo societário adquiriu uma enorme relevância no mercado económico e por isso, numa fase posterior mostrar-se-á importante analisar as questões que se colocam ao abrigo das relações de domínio que advém nos grupos de sociedades.

Por último, cumpre tratar as questões relacionadas com os critérios materiais e formais de imputação jurídico-penal da pessoa coletiva bem como os critérios de atribuição de responsabilidade penal (solidária) à sociedade-filha e/ou à sociedade-mãe à luz da Jurisprudência Europeia.

Parte I

Societas Delinquere Potest

1. Primeiras considerações

As pessoas coletivas são tuteladas pela Constituição da República Portuguesa (doravante ,CRP) pelo seu n.º 2 do artigo 12.º, que prevê que as “*peças colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*”. Desde logo se verifica a aplicação do princípio da universalidade, isto é, o regime constitucional equipara a pessoa coletiva à pessoa singular na medida em que também é titular de direitos e sujeito de deveres.

Assim, destrói-se o conceito tradicional de que só a pessoa singular era detentora de direitos e interesses legalmente protegidos. No entanto, atente-se ao facto de que os direitos e deveres previstos relativamente à pessoa jurídica devem ser compatíveis com a sua natureza, ou seja, são incompatíveis os direitos que possa ser adquiridos por intermédio de pessoas singulares¹.

Na mesma linha, refere JORGE DOS REIS BRAVO, que a aplicabilidade “*às peças colectivas de direitos fundamentais há-de, pois, corresponder a uma lógica de operatividade, no sentido em que só na medida em que a sua teleologia, e o seu regime lhes forem aplicáveis, serão viáveis, sendo inconcebível a aplicabilidade daqueles que se ligam essencialmente à individualidade humana, como o direito a constituir família, à educação, à investigação, etc*”².

Foi ao abrigo dessa qualidade de entidade constitucionalmente tutelada, que o Tribunal Constitucional (doravante, TC) se pronunciou variadas vezes. Mostra relevância para os primeiros passos na responsabilização da pessoa jurídica o Acórdão N.º 302/95 do TC³, que teve por base um crime de desvio de subsídios e fraude na obtenção de fundos. No Acórdão em apreço discutiu-se a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica presente em lei avulsa, nomeadamente, do Decreto-Lei 28/84 de 20 de Janeiro. Nesse Decreto-Lei o artigo 3.º que abordava o tema da responsabilidade criminal das

¹ Veja-se o Acórdão N.º 539/97 do Tribunal Constitucional, Conselheiro Monteiro Dinis, Processo N.º 695/96, 1.ª secção.

² Cfr. Bravo, Jorge dos Reis, *Direito Penal de entes Colectivos, Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, Novembro, 2008, pp. 102.

³ Acórdão com o Processo N.º 35/94.

peças coletivas e equiparadas, definia que 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”*.

Nesta instância, realça-se a necessidade de responsabilizar a pessoa jurídica por via da emergência de crimes antieconómicos, que pela sua dimensão são um risco para o Estado de Direito. A emergência destes novos tipos de crime é acompanhada pela crescente verificação de que, tal como a pessoa singular, também a pessoa coletiva, pode ser sujeito de imputação jurídico-penal.

Debruçando-se sobre este tema na altura, MANUEL LOPES DA ROCHA, explicava que a imputação jurídico-penal da pessoa jurídica *“tende a não ser somente uma questão de indivíduos, de seres humanos que executam actos materiais voluntários, mas também sanção de uma actividade colectiva tanto mais temível quanto implica o risco de ser mais poderosa e mais anónima”*⁴.

Apesar dessa necessidade de responsabilidade do ente jurídico, realçada pelo Acórdão, o mesmo vem constatar que na altura era aceite maioritariamente a teoria do *Societas Delinquere Non Potest*, aceitando-se apenas a responsabilidade jurídico-penal da sociedade em casos excepcionais. Em prol da aplicação excepcional do regime de responsabilização penal da pessoa jurídica, eram evidenciados vários argumentos, entre eles, o princípio da pessoalidade das penas. Na altura o Tribunal pronunciou-se sobre esta questão e concluiu que o argumento da pessoalidade das penas ligado ao argumento de que a responsabilidade da pessoa coletiva iria atingir *“membros inocentes do grupo”* não poderia proceder uma vez que, na sua aceção, *“quem participa numa sociedade e confere a outrem poderes de administração contrai laços de solidariedade, que o comprometem a aceitar consequências (...)”*.

⁴ Cfr. Rocha, Manuel António Lopes, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Novas Perspectivas*, in *Ciclo de Estudos de Direito Económico*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1985, pp. 185.

2. A pessoa coletiva e sua natureza jurídica

A pessoa coletiva foi ao longo do tempo adquirindo características que possibilitaram a sua classificação enquanto sujeito suscetível de imputação jurídico-penal. Como sublinha MARIA JOÃO ANTUNES “o paradigma iluminista da responsabilidade penal foi-se relativizando, mercê da expansão da criminalidade económica e da afirmação de um Direito penal secundário, jurídico-constitucionalmente fundado nos direitos sociais e na organização económica”⁵.

Com efeito, a pessoa coletiva nas palavras de DÍEZ RIPOLLÉS, tornou-se num sujeito autónomo, capaz de interagir na vida social e, portanto capaz de cometer crimes⁶. A possibilidade de imputar um facto criminoso à pessoa jurídica, facilitou a resolução de casos onde a identificação dos agentes do crime era de difícil verificação⁷.

Enquanto ente juridicamente criado, a sociedade apresenta uma natureza jurídica distinta das pessoas que a integram. Isso não quer dizer que a pessoa coletiva não tenha acesso a direitos juridicamente protegidos. Aliás, é precisamente por ser dotada personalidade jurídica que tem direitos e deveres⁸. Por esse motivo, SUSANA AIRES DE SOUSA⁹, diz-nos que o direito penal das sociedades comerciais pretende acautelar um bem jurídico, que segundo a autora é a própria sociedade. Pretendendo-se acautelar a sociedade comercial (bem jurídico supra-individual), diz-nos a autora que “ o que se

⁵ Cfr. Antunes, Maria João, *A Responsabilidade Criminal das Pessoas Coletivas, Entre o Direito Penal Tradicional e o Novo Direito Penal*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra Editora, 2009, pp. 458; Iguualmente, Beleza, José Manuel Merêa Pizarro, *Notas sobre o Direito Penal Especial das Sociedades Comerciais*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. II, Problemas Especiais, Coimbra Editora, 1999 pp. 101-124; Abordando o surgimento da “macro ou megacriminalidade”, veja-se Costa, José de Faria, *O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*, in *Direito Penal Económico Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra Editora, 2009, pp. 95-111.

⁶ Cfr. Ripollés, José Luis Díez, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero de 2012, in www.indret.com, pp. 2.

⁷ Cfr. Ripollés, José Luis Díez, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero de 2012, in www.indret.com, pp. 3.

⁸ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 132-135, quando o autor refere que, a pessoa coletiva, por ter determinado fim ou interesse coletivo, é “sempre um centro unificação de escolha e acção, unidade à qual se reportam direitos, deveres e responsabilidades (...)”.

⁹ Cfr. Sousa, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra Editora, 2009, pp. 435-455.

protege não é a sociedade como instituição ou entidade, mas o correto funcionamento da sociedade enquanto centro aglomerador de diferentes interesses económicos e enquanto instrumento capaz de intervir na economia pública”¹⁰.

Assim podemos afirmar que a pessoa coletiva prossegue os seus interesses e fins através de entes individuais que a integram, uma vez que a mesma é incapaz de agir¹¹. São esses entes individuais, que por sua vez, integrados em órgãos da pessoa coletiva, prosseguem o seu fim e comungam da vontade coletiva¹². Como nos diz FARIA COSTA, a pessoa jurídica deixou de ser “*tão-só uma «unidade organizatória» de tonalidade essencialmente económica (...) (para) ser um centro autónomo de imputação jurídica (...)»¹³.*

A comunhão de interesses que abordamos faz com que a própria pessoa coletiva, para além de possuir natureza jurídica, possua também uma natureza social. Não obstante da existência dessa comunhão de interesses e fins sociais e da existência de órgãos com competência devidamente definida nos estatutos da sociedade, a responsabilização do ente jurídico será sempre possível. Não colhe a inadmissibilidade de imputação jurídico-penal da pessoa coletiva pela constatação de um objeto social lícito e de uma correta delimitação de competência. Como nos diz, LOPES ROCHA, a “*responsabilidade penal tende a não ser somente uma questão (...) de seres humanos que executam actos materiais voluntário, mas também a sanção de uma actividade tanto mais temível quanto implica o risco de ser mais poderosa e anónima»¹⁴.*

¹⁰ Cfr. Sousa, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comercias. Qual o bem jurídico?*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra Editora, 2009, pp. 449.

¹¹ Note-se, que todos os órgãos que constituem a pessoa coletiva representam a mesma fora da sua estrutura. Daí que, o n.º 2 do artigo 163.º do Código Civil (doravante, CC), indique expressamente que a representação da pessoa coletiva, “*cabe a quem os estatutos determinarem ou, na falta de disposição estatutária, à administração ou a quem por ela for designado*”.

¹² Atente-se ao facto de que, por representarem a pessoa coletiva, os órgãos têm certas obrigações e responsabilidades que, de acordo com a sua natureza, são definidas nos estatutos da sociedade. Esse facto encontra-se descrito no artigo n.º 164.º do CC.

¹³ Cfr. Costa, José de Faria, *A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, 4.º, Outubro-Dezembro 1992, Aequitas Editora, pp. 544.

¹⁴ Cfr. Rocha, Manuel Lopes, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Novas Perspectivas*, Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, Centro de Estudos Judiciários, 1.ª Edição, Coimbra, 1985, pp. 116.

Segundo MARQUES DA SILVA, a sociedade pode sempre desviar-se dos seus fins licitamente criados *ab initio*. Caso não se admitisse esse facto, nunca seria possível responsabilizar o ente jurídico¹⁵.

3. Modelos de legitimação de imputação jurídico-penal

3.1. O Raciocínio analógico de Jorge de Figueiredo Dias

Dada a emergência de novas criminalidades organizadas e complexas e face à anterior dificuldade em fundamentar a responsabilização da pessoa jurídica, dada a alegação da sua incapacidade de ação e incapacidade de culpa, FIGUEIREDO DIAS, fundamentou um modelo de responsabilização jurídico-penal, denominado de modelo analógico.

Segundo o autor, assim como é premente responsabilizar o agente individual que integra a pessoa jurídica que agiu em seu nome e no seu interesse, também se mostra deveras importante a necessidade de responsabilizar a pessoa coletiva enquanto tal, enquanto centro de autónomo de imputação jurídico-penal¹⁶. Uma vez que, a pessoa coletiva, à semelhança da pessoa singular, possui direitos e deveres, também as suas atuações, enquanto ente juridicamente criado, podem ser suscetíveis de reprovação pelo Direito.

Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, através do modelo analógico, equipara as pessoas coletivas às pessoas singulares, referindo que aquelas, por serem igualmente “ (...) *«realizações do ser livre»*, (...) *parece aceitável que em certos domínios especiais e delimitados ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, objectiva e subjectiva, as suas (...) realizações colectivas e, assim, as pessoas colectivas, (...) em que o ser livre se exprime*”¹⁷. Assim, podemos dizer

¹⁵ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 146-147.

¹⁶ Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2.^a Edição, Janeiro 2011 (Reimpressão), Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer, pp. 296.

¹⁷ Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2.^a Edição, Janeiro 2011 (Reimpressão), Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer, pp. 298

que para FIGUEIREDO DIAS, o fundamento da culpa da pessoa coletiva seria um juízo de censura ético-social e não “*uma vontade consciente da sua própria liberdade*”¹⁸.

Na mesma linha de pensamento desenvolvida por FIGUEIREDO DIAS, MARQUES DA SILVA explica que as características comuns entre a pessoa singular e a pessoa jurídica sustentam este modelo analógico de imputação jurídico-penal¹⁹.

Desta forma, segundo MARQUES DA SILVA, a pessoa jurídica é uma entidade constituída por analogia face à pessoa singular, porém depende da atuação desta para a sua responsabilização penal. Essa intervenção da pessoa individual em substituição da pessoa coletiva cria-se através da figura da representação²⁰. Assim, a culpa das pessoas coletivas é “*uma culpa construída na base da culpa dos titulares dos seus órgãos e representantes (...) (mas) não se confunde (...) necessariamente com estas, é culpa própria da pessoa colectiva*”²¹.

3.2 A racionalidade material dos lugares inversos de Faria Costa

Numa primeira instância, FARIA COSTA chama a atenção para a necessidade de existir uma maior eficiência no ordenamento jurídico-penal, pois, a inadmissibilidade de punição da pessoa coletiva poderia causar constrangimentos quanto à identificação do autor material do crime²².

¹⁸ Para uma melhor explicação sobre a teoria do pensamento analógico à responsabilidade penal individual, veja-se, Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da Organização para a Execução do Facto: Responsabilidade Penal de Entes Colectivos, dos seus Dirigentes e “Actuação em Lugar de Outrem”*, Volume I, Dissertação de Doutoramento em Direito orientada pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma, 2012, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, pp. 547-549.

¹⁹ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 169-170.

²⁰ Quanto a este tópico, explicando que se forma inevitavelmente uma ficção jurídica quando a pessoa singular age como se fosse a pessoa coletiva a agir, veja-se, Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 195.

²¹ Realçando o facto de poderem existir causas de exclusão de responsabilidade somente para as pessoas físicas ou somente para as pessoas coletivas, veja-se, Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 196.

²² Cfr. Costa, José de Faria, *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I, Problemas Gerais, Coimbra Editora, 1998, pp.507.

O autor defende a admissibilidade de um conceito de culpa que ultrapassa o conceito tradicional, complementando de certa forma o pensamento analógico de FIGUEIREDO DIAS. Segundo FARIA COSTA, que defende a teoria da racionalidade material dos lugares inversos, a culpa teria por base critérios políticos e sociais, afastando-se assim do conceito tradicional de culpa, enquanto critério de reprovabilidade²³.

Com efeito, é feita uma referência a “lugares inversos”, porque se tem como objetivo, através do raciocínio inverso ao da inimputabilidade em razão da idade, criar um conceito de culpa adaptável às características da pessoa coletiva. Assim, se no caso do menor se “*limita e se afasta o juízo de censura penal (...), aqui, inversamente, reconstrói-se a noção de culpa e faz-se da pessoa colectiva um verdadeiro centro de imputação*”²⁴.

Nesta linha de pensamento, o autor constata que existe uma inevitável relação interna de alteridade, na medida em que, é representada pelos seus órgãos, que por sua vez agem no seu nome e no seu interesse. Deste modo, como realça o autor, a identificação de um órgão ou representante da pessoa coletiva que cometeu a infração penal é essencial para chegar à responsabilização do ente jurídico. Paralelamente, o mesmo raciocínio se pode aplicar em relação ao menor de idade, uma vez que, existindo alguém que o representa e que, nesse sentido, age em seu nome e no seu interesse, um eventual juízo de censura poderá recair sobre esse representante. Contudo, não significa que não exista um carácter de reprovabilidade no comportamento do menor ao nível social²⁵.

3.3 Tiedmann e a culpa por défice de organização

Tiedmann defende na sua teoria a culpa por défice de organização, ou seja, uma culpa que afasta o modelo de culpa psicológica. A culpa incidirá assim, segundo o autor sobre um modelo funcional de ação.

²³ Para uma melhor compreensão da teoria adotada por FARIA COSTA, veja-se Bravo, Jorge dos Reis, *Direito Penal de entes Colectivos, Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, Novembro, 2008, pp., pp.123.

²⁴ Cfr. Costa, José de Faria, *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos...* pp.513.

²⁵ Para uma explicação mais aprofundada sobre a questão, Vide, Costa, José de Faria, *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos*, (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal), Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, 4.º, Outubro-Dezembro 1992, Aequitas Editora, pp.515

Segundo o autor a pessoa coletiva pode ser responsabilizada na medida em que permitiu que o agente funcional cometesse o facto criminoso, violando-se assim os deveres de diligência exigidos aos órgãos e representantes do ente coletivo. Assim, a culpa não se baseia tão-só em torno da atuação do agente funcional, mas sim em torno de toda a organização.

Ora, como existiu um “défice de organização”, a pessoa jurídica responderá penalmente pelo facto cometido pelo agente individual que a integra. Daí que, Tiedmann fale em responsabilidade da pessoa jurídica por facto próprio e não facto alheio²⁶.

Exige-se, no entanto uma norma de imputação para aceitar essa culpabilidade da organização²⁷. Ainda que, exista essa norma não podemos deixar de realçar que terão de se preencher dois requisitos, a saber: 1) o agente funcional terá que cometer o facto criminoso em nome e no interesse da sociedade; 2) os órgãos e representantes da pessoa coletiva, apesar de não terem tido conhecimento da comissão do ato criminoso, não tomaram as devidas diligências para prevenir tal conduta reprovável.

Na mesma esteira, FERNANDO TORRÃO, explica que a pessoa coletiva pode ser penalmente responsabilizada por uma de duas formas. Uma das possibilidades de responsabilização da pessoa jurídica prende-se com a inação ou omissão por parte da pessoa jurídica, de comportamentos tidos como essenciais para prevenir a prática do crime. Cria-se nesta primeira hipótese uma deficiência organizativa no seio da pessoa coletiva, pois, segundo o autor, não se criou uma “*fisionomia preventiva por parte do modo como (...) se organiza*”²⁸. Outra possibilidade de responsabilização penal da pessoa coletiva prende-se com o facto da pessoa coletiva ter atuado mas ter induzido à prática do facto criminoso.

Com efeito, sobre esta teoria recaem algumas críticas, nomeadamente porque não podemos defender apenas e somente uma culpa baseada exclusivamente à própria organização da pessoa coletiva, uma vez que o CP consagra um conceito de culpa relativo ao facto²⁹.

²⁶ Para uma explicação alargada sobre o tema, veja-se, Bravo, Jorge dos Reis, *Direito Penal de entes colectivos, Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, Novembro, 2008, pp. 124-125.

²⁷ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 184-185.

²⁸ Cfr. Torrão, Fernando, “*Societas delinquere potest*” ?, Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “Crimes de Empresa”, Almedina, 2010, pp.383.

²⁹ Cfr. Silva, Isabel Marques da, *Responsabilidade Fiscal Penal Cumulativa das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2000, pp. 148.

Neste sentido, assume-se deveras relevante a posição de AUGUSTO SILVA DIAS. Segundo o autor a teoria de Tiedmann vai contra o conceito de culpa consagrado à luz do Direito Penal, na medida em que adota um conceito de culpa baseado em critérios que surgem num momento anterior à prática do facto.

Explica AUGUSTO SILVA DIAS que esta teoria não é adequada pelo recurso “à *figura da actio (omissio) libera in causa para resolver o problema da dilacção temporal entre o facto da pessoa individual e a formação da culpa da pessoa colectiva (pois essa (...) actio libera in causa se refere à decisão e acções prévias do autor do facto subsequente, e não à decisão e acções prévias de um terceiro*”³⁰. No mesmo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, explica que fundamentação de uma “*culpabilidade antecedente (Vorverschulden) da pessoa jurídica (foi) (...)a mplamente criticada pela doutrina devido a gerar um retorno ao infinitivo (...)*”³¹.

Em nossa opinião, a teoria defendida por Tiedmann demonstra-se incompleta, uma vez que as pessoas coletivas e entidades equiparadas não são somente responsabilizadas pelo Direito Penal no caso de omissão de deveres de cuidado e de vigilância. As pessoas coletivas também são responsabilizadas quando os factos são cometidos “*Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança*”³².

Com o devido respeito à posição de FERNANDO TORRÃO³³, não podemos aceitar a imputação jurídico-penal do facto à pessoa coletiva apenas nos casos em que se verifica uma conexão entre a ação ilícita do agente funcional e a omissão de deveres de cuidado devida a existência de uma deficiência na organização social. Aliás, a alínea a) do N.º 2 do Artigo 11.º permite a imputação do facto à pessoa jurídica quando as pessoas

³⁰ Cfr. Dias, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra Editora, 2008, pp. 116-117.

³¹ Cfr. Díez, Carlos Gómez-Jara, *A responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Teoria do Crime para Pessoas Jurídicas, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2015, pp. 47.

³² Note-se que, o N.º 1 do Artigo 11.º apresenta duas formas de responsabilização penal da pessoa coletiva. Tanto a alínea a) como a alínea b), são apresentadas de forma alternativa.

³³ Veja-se que, FERNANDO TORRÃO estabelece uma ligação entre ação típica e ilícita do agente funcional e a inevitável deficiência na organização da pessoa coletiva. Assim, contrariamente à nossa posição o autor, refere que “*não obstante a culpa dos líderes se situar fora dos limites dogmáticos da responsabilidade individual (são “acções culposas individualmente não típicas”), ela liga-se sistémico-funcionalmente à acção típica e ilícita imputada ao ente colectivo*”. Neste sentido, cfr. Torrão, Fernando, *Crimes Ambientais e Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: O Caso Português*, Lusíada. Direito. Porto N.ºs 1 e 2 (2010), pp. 53-54.

que nela ocupem posição de liderança, cometam o facto criminoso em seu nome e no seu interesse.

4. Modelos de atribuição de responsabilidade às pessoas coletivas

4.1 Modelos de heteroresponsabilidade ou de responsabilidade por substituição

Nos modelos de heteroresponsabilidade ou de responsabilidade por substituição, a responsabilidade da pessoa coletiva tem como fundamento a comissão do facto típico por parte de um agente funcional que agiu em sua representação, ou seja, em seu nome e no seu interesse. Sobre a responsabilização da pessoa jurídica com base na atuação da pessoa física fala MARQUES DA SILVA³⁴ numa responsabilidade por ricochete.

Segundo este modelo, necessário é identificar o agente que praticou o facto típico e verificar o vínculo deste com a pessoa coletiva. Nas palavras de TERESA QUINTELA DE BRITO, neste modelo transpõe-se para *“a colectividade do dolo ou da negligência, o conteúdo de ilícito e de culpa do facto da pessoa singular”*³⁵.

Quanto a este modelo tecem-se críticas, nomeadamente, por este ser sustentado pela ideia de que só é possível responsabilizar a pessoa coletiva pela atuação da pessoa física, considerando-se a responsabilização jurídico-penal por facto alheio. Não se pode querer punir o ente coletivo independentemente da sua culpa, pois não pode haver responsabilização alguma, quer da pessoa singular quer da pessoa coletiva, sem a comprovação de um facto culposo. Seguindo esta linha de pensamento, diz-nos ANA FILIPA PASCOAL, que *“não podemos escusar os pressupostos da responsabilidade criminal – ação, típica, ilícita, culposa e punível – tendo o dever de a compatibilizar com a natureza própria e específica dos estes coletivos”*³⁶.

Além disso, parece sustentar apenas a responsabilidade jurídico-penal nos casos em que há uma concreta identificação do agente funcional.

³⁴ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 177.

³⁵ Comentário aos modelos de responsabilidade em apontamentos disponibilizados por TERESA QUINTELA DE BRITO no âmbito da unidade curricular de Direito Penal IV, Ano 2015/2026, 1, 8 e 15.03.2016.

³⁶ Pascoal, Ana Filipa, *A Análise da Culpa na Responsabilidade Penal dos Entes Coletivos*, Dissertação elaborada no âmbito do 2.º ciclo de Estudos Mestrado Forense, Orientação: Professor Doutor Germano Marques da Silva, Lisboa, Maio de 2013, pp. 43.

Ora, como já referido, no seio de organizações complexas ligadas a uma emergente criminalidade económica, a identificação do agente do crime muitas vezes não se torna possível.

4.2 Modelos de autorresponsabilidade ou de responsabilidade direta

Neste tipo de modelos de responsabilização da pessoa jurídica o nexo de causalidade entre o facto típico realizado pela pessoa física e a ligação dessa mesma pessoa ao ente jurídico, deixa de ter a relevância que tem nos modelos de heteroresponsabilidade.

Aqui os elementos constitutivos da infração são procurados ao nível da pessoa coletiva, averiguando-se em relação a esta a tipicidade, o dolo, a negligência, a ilicitude e a culpa³⁷.

Como refere MARQUES DA SILVA, reconhece-se neste modelo, que, “*as sociedades são por si próprias susceptíveis de culpa autónoma dos seus representantes, independentemente da culpa dos seus órgãos ou representantes*”³⁸. Neste modelo procura-se um facto coletivo que tem em conta o defeito da organização. Neste sentido, remete-se para a teoria da culpabilidade da organização de Tiedmann que foi por nós abordada anteriormente.

4.3 O modelo intermédio: o modelo da *vicarious liability*

Após a descrição de dois modelos de responsabilidade completamente distintos e suas inerentes críticas, cumpre analisar um modelo intermédio: o modelo da *vicarious liability*.

Segundo este modelo a responsabilização da pessoa coletiva seria aferida pelo facto típico cometido pela pessoa física que a integra e a representa. Por outras palavras, tem que haver uma ligação entre o facto coletivo e os contributos individuais, sendo que esses contributos individuais podem se consubstanciar num ato de uma pessoa com posição de

³⁷ Comentário aos modelos de responsabilidade em apontamentos disponibilizados por TERESA QUINTELA DE BRITO no âmbito da unidade curricular de Direito Penal IV, Ano 2015/2026, 1, 8 e 15.03.2016.

³⁸ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 184.

liderança (responsabilidade da pessoa coletiva por via da alínea a) do n.º 2 do artigo 11.º do CP) ou num ato em relação ao qual não se conseguiu identificar um facto individualmente típico de um dirigente (neste caso, haverá uma responsabilização da pessoa coletiva por via da alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º do CP).

Para além disso, exige-se neste modelo que a pessoa física tenha atuado no desempenho da sua função e de acordo com o normal funcionamento da pessoa coletiva³⁹.

Esta ligação que se estabelece entre o contributo da pessoa física que atuou em nome e no interesse da pessoa coletiva e a consequente responsabilidade da pessoa coletiva é, pela sua relevância, realçada por TERESA QUINTELA DE BRITO, ao referir que aquela *“assegura melhor o respeito pelo princípio da determinação do ilícito a sancionar (...), pois identifica-o com o concreto facto penal acontecido no desenvolvimento da actividade colectiva (...), cuja concreta evitabilidade é passo essencial para afirmação da culpa da associação”*⁴⁰.

Parte II

1. Grupos de sociedades

1.1. Notas Introdutórias

Desde sempre se mostrou premente a regularização ou a estipulação de um regime específico para os grupos de sociedades. Esta necessidade de um direito dos grupos foi defendida por COUTINHO DE ABREU, ao enfatizar a necessidade de legalizar, segundo as suas palavras, *“aquilo que as sociedades dominantes vão fazendo mas (segundo o direito societário geral) não têm o direito de fazer (...) e protega*

³⁹ Explicação breve fornecida em apontamentos disponibilizados por TERESA QUINTELA DE BRITO no âmbito da unidade curricular de Direito Penal IV, Ano 2015/2026, 1, 8 e 15.03.2016.

⁴⁰ Brito, Teresa Quintela de, *Crime Omissivo e Novas Representações da Responsabilidade Social*, Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia Almedina, 2009, pp. 942.

devidamente os interesses dos sócios minoritários e dos credores das sociedades dominadas”⁴¹.

Do elenco de sociedades coligadas do artigo 482.º do CSC, iremos destacar apenas as sociedades em relação de domínio e as sociedades em relação de grupo⁴², dado que apenas estas estabelecem uma relação de grupo de dependência ou de coordenação unitária entre as sociedades intervenientes.

A este propósito ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁴³, distingue grupos de subordinação de grupos de coordenação, conforme o tipo de relação hierárquica existente entre as sociedades que integram o respetivo grupo.

Nos primeiros, existe uma relação de dominância societária, isto é, uma sociedade exerce controlo sobre outra ou outras sociedades que, por sua vez, são hierarquicamente dependentes daquela. No CSC destacam-se, as sociedades em relação de domínio⁴⁴ e nas sociedades de relação de grupo, as sociedades coligadas estabelecidas por contrato de subordinação⁴⁵.

Nos segundos, as sociedades coligadas que integram o grupo não são dependentes umas das outras pois são constituídas com base numa relação paritária, existindo uma direção económica exercida em comum⁴⁶.

⁴¹ Cfr. Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Da empresarialidade (as empresas no Direito)*, Dissertação para Doutoramento em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pp. 2.

⁴² Veja-se, as alíneas c) e d) do artigo 482.º do CSC.

⁴³ Cfr. Oliveira, Ana Perestrelo de, *in Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais (DLA)*, Coordenação Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Almeida, Março, 2009, pp. 1125.

⁴⁴ Cfr. artigos 488.º ss. do CSC.

⁴⁵ Cfr. artigos 493.º ss. do CSC.

⁴⁶ Neste sentido, pode dar-se o exemplo das sociedades constituídas através de contrato de grupo paritário, uma vez que, estas submetem-se a uma “*direção unitária e comum*”, segundo o disposto no n.º 1 do artigo 492.º do CSC.

1.2 Situações de atribuição de responsabilidade penal à sociedade dominante

1.2.1 Em especial: as sociedades em relação de domínio

Cabe-nos abordar neste tema a constituição e a relação entre sociedades coligadas, ou seja relações que entre si estabelecem sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por ações⁴⁷.

De entre as sociedades coligadas consagradas no artigo n.º 482.º do CSC⁴⁸, destacamos neste tópico as sociedades em relação de domínio, pois correspondem a situações em que existe uma dominância/dependência de uma sociedade em relação à outra⁴⁹. Segundo ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, este tipo de sociedades coligadas podem ser designadas de “*grupos de facto*”, uma vez que a relação que se cria entre a sociedade dependente e a sociedade dominante é estabelecida sem que tal seja tipificado na lei. Por essa razão a autora realça que, “*a falta de uma disciplina jurídica preventiva ou de protecção face à mera situação de perigo decorrente da potencialidade da direcção unitária (“influência dominante”), vem, na realidade, somar-se a total ausência de regras aplicáveis à efectiva actividade de direcção unitária e, portanto, aos grupos de facto*”⁵⁰. Inexiste, assim, qualquer protecção dos sócios externos e dos credores em sociedades que integram este tipo de grupos de relação de domínio. Apesar dessa falta ou insuficiência de protecção vem PAULO LOPES MARCELO⁵¹, defender que a ausência de fundamento “*de jure*” do domínio exercido pela sociedade-mãe em relação às filiais,

⁴⁷ Cfr. n.º 1 do artigo 481.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante, CSC).

⁴⁸ O artigo indica quatro tipos de sociedades coligadas: sociedades em relação de simples participação; sociedades em relação de participações recíprocas; sociedades em relação de domínio; e sociedades em relação de grupo.

⁴⁹ Cfr. Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade penal em grupos de empresas: situações e critérios de atribuição de responsabilidade penal à filial e/ou à empresa mãe de um grupo*, Curso de Outono, Direito Penal da Pessoa Colectiva, 13 de Outubro de 2014, Textos disponibilizados no âmbito da unidade curricular de Direito Penal IV, referente ao curso de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Forenses.

⁵⁰ Cfr. Oliveira, Ana Perestrelo de, *in Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comercias (DLA)*, Coordenação Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Almeida, Março, 2009, pp. 1141.

⁵¹ Cfr. Marcelo, Paulo Lopes, *A Blindagem da Empresa Plurissocietária*, Almedina, 2002, pp. 103.

acompanha a proibição de dar instruções vinculativas, nunca sendo válida uma cláusula contratual que atribuisse essa possibilidade.

A importância da regularização deste tipo de relações de domínio, teve como objetivo evitar que a emergência de grandes grupos societários pudesse de certa forma defraudar o regime imposto a cada tipo de sociedade⁵². Tal se compreende pelo abandono de um modelo de organizações societárias distintas e pelo surgimento de um modelo de sociedade moderno, submetido a uma “*direcção económica unitária*”⁵³.

Segundo o n.º 1 do artigo 486.º do CSC, estamos perante uma sociedade em relação de domínio, quando “*uma delas, dita dominante, pode exercer, directamente ou por sociedades ou pessoas (...), dita dependente, uma influência dominante*”. A essa influência subjaz a imposição de deveres de lealdade à sociedade dominante e à sociedade dominada. Como refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, esses deveres devem ser impostos com mais intensidade às sociedades dominantes, uma vez que detêm uma posição de poder face às sociedades dominadas, assumindo a sua direcção unitária. Segundo a autora, sobre a sociedade dominante deverá existir uma “*proibição geral de ingerências danosas na esfera de terceiros*”⁵⁴.

A lei vai mais longe e estabelece três presunções legais⁵⁵ do que é uma sociedade dependente de uma outra. Nesse sentido, diz-nos o n.º 2 do artigo 486.º do CSC, que uma

⁵² Alertando para o problema da eficácia das normas jurídico-societárias no caso de grupos de empresas, veja-se, Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 444; Também sobre esta temática, constatando a necessidade de alteração do anterior regime a que as Sociedades Comerciais estavam sujeitas devido à “*interdependência dos mercados nacionais, universalização do modelo de mercado livre, revolução tecnológica e das comunicações, aumento exponencial do volume das transacções comerciais e financeiras (e) (...) progressiva eliminação das barreiras ao comércio internacional*”, veja-se, Antunes, José Engrácia, *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Modelo Paradoxo Regulatório*, Revista Direito GV, v.1, n. 2, Junho-Dezembro, 2005, pp. 35.

⁵³ Para uma melhor abordagem do fenómeno do “*controlo intersocietário*”, veja-se, Antunes, José Engrácia, *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Modelo Paradoxo Regulatório*, Revista Direito GV, v.1, n. 2, Junho-Dezembro, 2005, pp.36-37.

⁵⁴ Neste âmbito, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, realça o facto que o credor da sociedade-filha, a sociedade dominada, terá que ser especialmente protegido, uma vez que está também ele sob a influência da sociedade-mãe, a sociedade dominante. Por esse mesmo motivo, o reconhecimento da existência de deveres de lealdade da sociedade dominante terá que ter uma eficácia sobre terceiros. Cfr. Oliveira, Ana Paz Ferreira da Câmara Perestrelo de, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Por um critério Unitário de Solução do «Conflito do Grupo»*, Tese de Doutoramento em Direito, Ciências Jurídicas, Direito Comercial, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2010, pp 295-296.

⁵⁵ Abordando a problemática da existência de um conceito indeterminado de “*influência dominante*”, veja-se, Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Estrutura e

sociedade será dependente se, direta ou indiretamente, detiver uma participação maioritária no capital, dispuser de mais de metade dos votos, ou se tiver a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão da administração ou do órgão de fiscalização.

Note-se que, as presunções legais mencionadas anteriormente podem ser ilididas, através da prova de ausência de conexão entre a possibilidade de exercício da influência dominante e o facto que justifica a presunção⁵⁶. Essa ausência de conexão pode ser demonstrada, entre outros, a título de exemplo, através das disposições constantes nos estatutos da sociedade ou em disposições constantes em acordos parassociais.

Não nos parece estranho que os estatutos da sociedade possam provar, através das cláusulas, que desde o início da formação da sociedade pautaram a sua atividade, que não era possível o facto que gera a presunção ter acontecido⁵⁷. Igualmente, podem ser celebrados acordos parassociais “*entre todos ou entre alguns sócios pelos quais estes, nessa qualidade, se obriguem a uma conduta não proibida por lei*”⁵⁸, que , eventualmente, podem servir para provar a inexistência de uma influência dominante. Neste sentido, PAIS VASCONCELOS, explica que a entrada de “*parceiros estratégicos numa sociedade ou num grupo de sociedades exige a regulamentação (...) de processos de decisão, de arbitragem de dissídios e do termo da associação, do desinvestimento*”⁵⁹. Segundo o autor, este tipo de convénios podem servir, com algumas restrições, para manipular certas matérias de controlo da Sociedade.

Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária , 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 443 e 452.

⁵⁶ Denote-se que, quando fazemos referência ao facto que justifica a presunção, estamos-nos a referir aos factos identificados no n.º 2 do artigo 486.º do CSC: participação maioritária no capital; maioria dos votos; direito de designar mais de metade dos membros dos órgãos de administração ou do órgão de fiscalização.

⁵⁷ Neste sentido, veja-se a hipótese da atribuição a um outro sócio de um direito vitalício de designação e destituição dos gerentes. Apesar da alínea a) do n.º 2 do artigo 486.º do CSC, dispor que se presume que uma sociedade é dependente de uma outra se esta detiver uma participação maioritária no capital, o n.º 2 do artigo 252.º do CSC, permite a possibilidade de se prever no contrato, outra forma de designação dos gerentes. Essa outra forma de designação pode, desta forma, servir para afastar a presunção de influência dominante. Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária , 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 565.

⁵⁸ Veja que, o artigo 17.º do CSC estabelece que, os acordos parassociais têm efeitos entre os intervenientes e podem respeitar ao exercício do direito de voto. Tal possibilidade pode afastar as presunções identificados nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 486.º do CSC (participação maioritária no capital e disposição de mais de metade dos votos).

⁵⁹ Cfr. Vasconcelos, Pedro Pais de, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.ª Edição, Setembro de 2006, Almedina, pp. 65-66.

Note-se que, o legislador não quis através do n.º 2 do artigo 486.º do CSC criar um critério formal de domínio. Antes, teve como objetivo criar um critério funcional, na medida em que não esgota no n.º 2 do artigo 486.º do CSC todas as formas de exercício de uma relação de domínio. Apoiando-se no critério funcional de domínio, explica ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, que relevam “*para efeitos de reconhecimento de uma relação de domínio, todos os meios capazes de facultar o poder de influenciar a gestão dos assuntos societários*”⁶⁰.

Por conseguinte, apesar de a lei ter estabelecido apenas presunções legais para chegarmos à definição de “*influência dominante*”, ENGRÁCIA ANTUNES⁶¹, tenta criar um conceito através da indicação de características de uma relação de domínio entre duas sociedades, a saber: estabilidade; potencialidade; e amplitude.

Na primeira característica, há que verificar se o domínio que é exercido por uma sociedade em relação à outra é instável ou estável. Neste caso, para que se possa preencher o conceito de relação de domínio, a relação societária entre as duas sociedades deverá refletir uma “*situação de domínio estrutural – isto é, resultante da detenção de instrumentos jurídico-institucionais de controlo que garantem a uma sociedade a possibilidade de influir de uma forma estável e permanente na condução dos negócios sociais da outra*”⁶².

Não obstante da exigência de uma estabilidade e permanência, não se exige um período mínimo de exercício de uma influência dominante. O que realmente é exigido é uma origem dessa influência por factos não fortuitos, ou seja, factos a que a sociedade não teria qualquer controlo⁶³.

No que concerne à segunda característica, procura-se saber se terá que existir, no momento da aferição do preenchimento do conceito de influência dominante, um exercício efetivo dessa influência ou se será suficiente uma possibilidade do exercício da mesma. A resposta é oferecida pela lei quando o n.º 1 do artigo 486.º utiliza a expressão “*pode exercer*”. Deste modo basta apenas a mera possibilidade de exercício para que se

⁶⁰ Cfr. Oliveira, Ana Perestrelo de, *in Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais (DLA)*, Coordenação Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Almeida, Março, 2009, pp. 1143.

⁶¹ Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 454-474.

⁶² Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 456.

⁶³ Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 460.

verifique essa influência⁶⁴. Neste sentido, subscrevemos as palavras de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, quando a autora refere que, “ *Quer o poder de direcção unitário seja apenas potencial quer seja efectivamente exercido, encontramos-nos, sempre, no âmbito de relações de domínio, dotadas de regime jurídico marcadamente insuficiente*”⁶⁵. Parece assim que a autora defende que estamos sempre perante uma relação domínio, ainda que este seja potencial e presumível através das alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 486.º do CSC.

Quanto à terceira característica, questiona-se qual será a amplitude necessária da influência dominante a exercer, ou seja, se a influência dominante tem que ser exercida sobre todos os setores da pessoa coletiva ou se se pode cingir a uma determinada atividade. ENGRÁCIA ANTUNES defende que a influência dominante pode ser exercida nos dois casos, uma vez que, o n.º 1 do artigo 486.º do CSC não exige de forma expressa que a influência tenha um carácter geral e, ainda que, essa influência seja exercida de forma setorial, pode ter efeito na sociedade de um modo geral⁶⁶. Partilhando a mesma opinião DIOGO PEREIRA DUARTE refere que na ausência de “*postura mais exigente por parte do legislador*” existe uma possibilidade de “*ingerência directa, quotidiana e pormenorizada- que pode existir, por exemplo no caso em que a sociedade dominante tenha designado todos os membros do órgão de administração (...) (artigo 486.º n.º 2 al. C) do CSC)- , até uma situação de ingerência meramente tutelar*”⁶⁷.

O que foi referido, pode ser comprovado através da existência da presunção legal da alínea c) do n.º 2 do artigo 486.º do CSC, dado que a mesma prevê que uma sociedade pode exercer influência sobre a outra se tiver a possibilidade de designar mais de metade dos membros dos órgãos de administração ou do órgão de fiscalização. Parece assim que,

⁶⁴ Reiterando a desnecessidade de um uso efetivo de influência dominante, veja-se, Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 454-455.

⁶⁵ Cfr. Oliveira, Ana Perestrelo de, *in Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais (DLA)*, Coordenação Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Almeida, Março, 2009, pp. 1141.

⁶⁶ Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 467-469.

⁶⁷ Cfr. Duarte, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária, Mestrado em Ciências Jurídicas, 2004, Faculdade de Direito de Lisboa, pp.99.

uma sociedade pode exercer influência sobre uma outra de forma setorial mas com essa influência específica, influenciar a organização societária no geral.⁶⁸

Chegados a este ponto, cumpre analisar como a “*influência dominante*” pode ser exercida na prática pelas sociedades, denominadas por sociedades diretoras. O mesmo é dizer que, pretendemos analisar as consequências da relação de dependência que acaba por se estabelecer neste tipo de grupos de sociedades. Uma das consequências práticas é o facto da possibilidade da sociedade dominante exercer controlo sobre o modo de direcção da sociedade dependente. Como explica ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, é essa atividade de direcção do grupo que “*dá, tipicamente, origem a um fenómeno de integração económica e empresarial das operações das empresas envolvidas, permitindo falar no grupo como unidade económica (a «empresa do grupo»), dotada de um sistema de objetivos unitário (...) e, tendencialmente, de uma unidade de planeamento e decisão*”⁶⁹.

Assim, a sociedade diretora acaba por exercer influência sobre a gestão da sociedade dependente e, por conseguinte, controlo sobre a administração e assembleia desta sociedade. Essa influência pode ser classificada como interna ou externa. A influência é interna quando a sociedade exerce controlo através das suas participações sociais, isto é, exerce controlo porque detém ações suficientes para tal. A influência diz-se externa quando o controlo, ao invés de ser exercido através de participações sociais, é exercido através do estabelecimento de um contrato⁷⁰.

⁶⁸ Veja-se que, ENGRÁCIA ANTUNES, defende que, apesar de poder existir um exercício de uma influência setorial, esta tem que incidir sobre domínios tidos como fulcrais na organização societária. Apenas assim podemos falar, segundo o autor, em influência dominante efetiva. Cfr. Antunes, José A. Engrácia, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 469.

⁶⁹ Cfr. Oliveira, Ana Paz Ferreira da Câmara Perestrelo de, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Por um critério Unitário de Solução do «Conflito do Grupo»*, Tese de Doutoramento em Direito, Ciências Jurídicas, Direito Comercial, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2010, pp 155 e 156.

⁷⁰ Cfr. Oliveira, Ana Perestrelo de, *in Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comercias (DLA)*, Coordenação Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Almeida, Março, 2009, pp. 1142.

1.2.2 Em especial: Sociedades em relação de grupo

Para além das sociedades em relação de domínio, abordadas anteriormente, as sociedades em relação de grupo são igualmente um dos tipos de sociedades coligadas previstas no artigo 482.º do CSC, que importam analisar, por nelas também se verificar uma situação de dominância de uma sociedade em relação a outra.

As sociedades em relação de grupo definem-se por um conjunto de sociedades que se integram numa estrutura jurídica e que têm uma finalidade comum. Como nos diz OLAVO CUNHA, nos “*grupos de sociedades, em sentido estrito e jurídico, existe uma entidade que tem uma direcção unitária (comum) sobre todas as sociedades*”⁷¹.

Existem três tipos de sociedades em relação de grupo: a) situações em que foi celebrado um contrato de subordinação; b) situações de domínio total; c) situações em que é celebrado o contrato de grupo paritário.

Para ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁷², as sociedades em relação de grupo *supra* mencionadas são denominadas de “grupos de direito”, uma vez que, nestes grupos se cria uma direcção unitária que está expressamente prevista no CSC.

Nas situações em que foi celebrado um contrato de subordinação, como refere expressamente o artigo 493.º do CSC, uma sociedade pode subordinar a gestão da sua própria atividade à direcção de uma outra sociedade, que pode ser sua dominante ou não. A sociedade que dirige a atividade da outra passa a ser denominada “*sociedade diretora*”, tendo o direito de dar à administração da sociedade subordinada instruções vinculantes, como nos refere o n.º1 do artigo 503º do CSC. Por conseguinte, ENGRÁCIA ANTUNES conclui que, as partes não têm liberdade de adaptação do conteúdo do respetivo contrato, usualmente permitida em todos os contratos obrigacionais⁷³.

Nas situações de domínio total, como nos referem os artigos 488.º a 491.º do CSC, uma sociedade adquire 90% ou mais da participação social de uma outra. Embora a sociedade adquira a outra, não se trata de um caso de fusão, uma vez que, a sociedade dominada mantém a sua personalidade jurídica. Segundo as palavras de ENGRÁCIA

⁷¹ Cfr. Cunha, Paulo Olavo, *Lições de Direito Comercial*, Almedina, Dezembro, 2010, pp. 102.

⁷² Cfr. Oliveira, Ana Perestrelo de, *in Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comercias (DLA)*, Coordenação Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Almeida, Março, 2009, pp. 1125.

⁷³ Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 613.

ANTUNES, a sociedade dominada mantém a sua “*individualidade jurídico-patrimonial e jurídico-organizativa, muito embora, na prática, tudo se passe como se efectivamente a houvesse perdido*”⁷⁴.

No que diz respeito à relação entre os grupos de sociedades anteriormente mencionados, podemos distinguir a relação de domínio total inicial da relação de domínio total superveniente. A relação de domínio total inicial existe quando uma sociedade cria desde logo uma “*sociedade anónima de cujas ações ela seja inicialmente a única titular*”⁷⁵. Neste caso, a sociedade dominada é, nas palavras de OLAVO CUNHA⁷⁶, a sociedade “*subsidiária integral*”. Contrariamente, estamos perante a presença de uma relação de domínio total superveniente, quando, segundo o disposto no n.º 1 do artigo 489.º do CSC, a sociedade que domina indiretamente ou diretamente, uma outra sociedade, por não haver outros sócios (detém, portanto a totalidade das participações sociais), forma um grupo com esta. Atente-se para o facto que se estivermos perante grupos de domínio total, a ampla influência exercida pela sociedade diretora em relação a outra ou outras sociedades integrantes da relação de grupo (sociedades dependentes) pode ter efeitos prejudiciais. Nesse sentido, COUTINHO DE ABREU, alerta para o facto da existência de prejuízos para os sócios minoritários das sociedades dominadas (denominados sócios livres), uma vez que, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 490.º do CSC a “*sociedade dominante pode tornar-se titular das acções ou quotas pertencentes aos sócios livres da sociedade dependente, se assim o declarar na proposta, estando a aquisição sujeita a registo por depósito e publicação*”⁷⁷.

Por último, cumpre analisar a figura do contrato de grupo paritário. Este contrato, segundo o n.º 1 do artigo 492.º do CSC, é celebrado entre duas ou mais sociedades que não são dependentes nem entre si, nem de outras sociedades, e que têm como objetivo a constituição de um grupo de sociedades, aceitando submeter-se a uma direção unitária e comum.

Deste modo, conseguimos destacar duas características deste tipo de contrato. Em primeiro lugar garante-se uma autonomia recíproca entre as sociedades intervenientes.

⁷⁴ A. Engrácia, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 844.

⁷⁵ Cfr. artigo 488.º/1.

⁷⁶ Cfr. Cunha, Paulo Olavo, *Lições de Direito Comercial*, Almedina, Dezembro, 2010, pp. 102.

⁷⁷ Cfr. Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Da empresarialidade (as empresas no Direito)*, Dissertação para Doutoramento em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pp. 247.

Em virtude dessa autonomia estipulada no artigo 492.º do CSC, será impossível a celebração deste tipo de contratos entre sociedades em que uma delas exerce uma influência dominante em relação a outra. São estas características que diferenciam o contrato de grupo paritário, consagrado no artigo 492.º do CSC, de outros tipos de contrato (por exemplo, o consórcio⁷⁸), onde a cooperação entre sociedades apenas se forma em determinadas áreas/setores de atividades específicas e não existe uma verdadeira liberdade, mas sim uma concertação de meios para atingir um determinado resultado.

Assim, como bem explica ENGRÁCIA ANTUNES⁷⁹ terá que se interpretar *a contrario* o n.º 1 do artigo 486.º do CSC, que consagra, como referimos *supra*, a definição de influência dominante. Isto porque, ao invés de estarmos perante um caso em que uma sociedade exerce uma influência dominante sobre uma outra (dita dominada), estamos perante um caso onde duas ou mais sociedades não têm quaisquer relação de dependência ou dominância. São sociedades coligadas que mantêm sempre a sua autonomia⁸⁰. O n.º 4 do artigo 492.º do CSC expressa exatamente o que acabámos de referir, ao reiterar que o contrato celebrado entre as sociedades nunca poderá modificar a estrutura legal da administração e fiscalização dessas mesmas sociedades. Contudo, como bem explica ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁸¹, a ausência de influência dominante entre uma sociedade e outras, não impede que uma sociedade que estabeleceu a relação de grupo por contrato paritário com outras, tenha uma diferente relação de grupo com outras sociedades que não fazem parte do contrato de grupo paritário. O concurso com outras

⁷⁸ PINTO FURTADO distingue o consórcio da coligação. Segundo o autor, o “*consórcio intervém nas leis da concorrência, concertando actividades de sociedades de estrutura e composição que não interferem entre si. Opera no plano do objecto social. A coligação opera no plano do capital, através de participações deste em sociedades diferentes, ou no da administração ou gerência*”. Neste sentido, veja-se, Furtado, Jorge Henrique da Cruz Pinto, *Curso de Direito das Sociedades*, 4.ª edição, Almedina, Fevereiro, 2001, pp. 374.

⁷⁹ Cfr. Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 915.

⁸⁰ Segundo a opinião de ENGRÁCIA ANTUNES, a independência e autonomia societária que pauta a celebração deste tipo de contratos, deverá manter-se durante o tempo do contrato, sob pena de extinção do mesmo. Cfr. A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 918-919.

⁸¹ Cfr. Oliveira, Ana Perestrelo de, *in Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comercias (DLA)*, Coordenação Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Almeida, Março, 2009, pp. 1175.

relações de grupo não é, portanto, proibido desde que nenhuma das sociedades intervenientes no contrato de grupo paritário exerça domínio sobre uma outra.

Em segundo lugar, a este tipo de contratos subjaz a criação de uma direção unitária e comum. Tal é espelhado no n.º 4 do artigo 492.º do CSC ao referir que quando o contrato de grupo paritário instituir um órgão comum de direção ou coordenação, todas as sociedades devem participar em pé de igualdade. Parece que com isto se quer dizer que, nunca poderá existir a concentração do poder numa das sociedades coligadas⁸².

Neste tópico deve ter-se especial atenção à natureza da direção unitária e comum, uma vez que o contrato de grupo paritário pressupõe o exercício comum da gestão total das sociedades intervenientes. Com isto se quer dizer que, não poderá existir a criação de uma relação de grupo através de contrato de grupo paritário para garantir a direção de uma determinada área ou setor de atividade das sociedades intervenientes. Em consequência deverá existir a concertação das sociedades intervenientes a um objetivo comum: “*gestão social (global e total)*”⁸³.

Este contrato bilateral, tem como particularidade a ausência de previsão do seu regime. O CSC dá-nos apenas algumas pistas sobre o seu regime e a sua forma de organização. Neste sentido, veja-se o n.º 2 do artigo 492.º do CSC, que define que o “*contrato e as suas alterações e prorrogações devem ser reduzidos a escrito e precedidos de deliberações de todas as sociedades intervenientes, tomadas sobre proposta das suas administrações e pareceres dos seus órgãos de fiscalização, pela maioria que a lei ou os contratos de sociedade exijam para a fusão*”.

A esta ausência de previsão de regime estão associados alguns inconvenientes, entre os quais se destaca a ausência de tutela dos sócios, dos credores e das sociedades intervenientes da relação de grupo, no que diz respeito às instruções vinculativas. Quanto a este assunto, não podemos deixar de concordar com ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁸⁴, ao defender que, aquando da constituição do órgão comum de direção ou

⁸² A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002, pp. 920.

⁸³ Cfr. Oliveira, Ana Perestrelo de, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais (DLA)*, Coordenação Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Almeida, Março, 2009, pp. 1176.

⁸⁴ Cfr. Oliveira, Ana Perestrelo de, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais (DLA)*, Coordenação Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Almeida, Março, 2009, pp. 1176.

coordenação, a que nos refere o n.º 4 do artigo 492.º do CSC, é possível que sejam dadas instruções vinculativas às sociedades intervenientes na relação de grupo.

Ora, na sequência dessa possibilidade, questiona-se se será admissível a emissão dessas mesmas instruções no caso de serem manifestamente desvantajosas para uma ou mais sociedades intervenientes na relação de grupo de contrato paritário. Parece-nos que, neste aspeto, o regime se mostra infeliz, uma vez que assumiu que os sócios e credores das sociedades em relação de grupo estão protegidos pela existência de uma “*direção unitária e comum*”, isto é, o regime assumiu que a ausência de influência dominante daria uma proteção implícita que não precisaria de tipificação legal.

Em nossa opinião, deveria ter sido previsto um regime semelhante ao regime do contrato de subordinação⁸⁵, embora adaptado à natureza do contrato de grupo paritário, que protegesse todas as sociedades envolvidas na relação de grupo. A nosso ver, ainda que seja emitida uma instrução pelo órgão que foi constituído para garantir a gestão das sociedades intervenientes na relação de grupo de contrato paritário, essa instrução deveria satisfazer os interesses dessas sociedades. A instrução, nesse sentido, teria como objetivo garantir o interesse geral das sociedades intervenientes, interesse esse que teve por base a criação dessa mesma relação de grupo.

1.3 Da figura do Levantamento do véu corporativo enquanto mecanismo de proteção das Sociedades subordinadas

A questão do levantamento da personalidade coletiva coloca-se em regra em relação às sociedades que se encontram numa relação de domínio, dada a influência que uma das sociedades (sociedade-mãe) pode exercer sobre as outras (sociedades-filiais).

Como já foi abordado anteriormente existe um perigo associado à própria relação que se estabelece entre grupos de facto, uma vez que, o fundamento dessa mesma relação não é tipificado na lei. Como nos diz DIOGO PEREIRA DUARTE, “*a influência dominante foi concretizada na implementação de uma direcção unitária que será seguida pelas*

⁸⁵ Cfr. artigo 503.º do CSC.

sociedades dependentes”⁸⁶. Por essa mesma razão, o fundamento dessa relação de domínio é baseado em elementos puramente factuais e não de direito.

Ora, em virtude da dependência criada entre uma sociedade dominante e uma sociedade dominada, são criadas várias desvantagens para a sociedade dita subordinada uma vez que a mesma está sujeita ao domínio da sociedade-mãe. Com esse domínio, DIOGO PEREIRA DUARTE⁸⁷, elenca sete possíveis consequências das quais destacamos: a) desconsideração do interesse social⁸⁸; b) confusão de patrimónios⁸⁹; c)

participações em cascata⁹⁰; d) potenciação da responsabilidade limitada⁹¹; e) confusão de esferas⁹²; f) instrumentalização⁹³; g) redução da aversão ao risco dos administradores.

É precisamente nestes grupos de sociedades que o levantamento da personalidade da pessoa coletiva se justifica, visto que não existe uma verdadeira aceção do significado de liberdade entre sociedades. Essa liberdade é fortemente limitada pela assunção do grupo

⁸⁶ Cfr. Duarte, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária, Mestrado em Ciências Jurídicas, 2004, Faculdade de Direito de Lisboa, pp.331.

⁸⁷ Cfr. Duarte, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária, Mestrado em Ciências Jurídicas, 2004, Faculdade de Direito de Lisboa, pp.332.

⁸⁸ No que diz respeito ao interesse social constata-se a possibilidade da desvirtuação do interesse social da sociedade-filha ou dominada, uma vez que a mesma está integrada num grupo que deve ter um interesse social comum. Esta situação é mais evidente nos casos de aplicação do n.º 2 do artigo 491.º do CSC, que aborda a questão das instruções desvantajosas, já anteriormente abordadas.

⁸⁹ Note-se que, em virtude de se verificarem transferências de ativos ou de capitais, as sociedades dominadas podem perder a sua autonomia patrimonial

⁹⁰ Como explica DIOGO PEREIRA DUARTE, “os efeitos multiplicadores resultantes de cascatas descendentes de participações inter-societárias significam que o capital de cada sociedade implica uma diluição dos seus valores para garantia dos seus credores”. Há, portanto, segundo o autor, um aumento especulativo de capital sem contrapartida real. Cfr. Duarte, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária, Mestrado em Ciências Jurídicas, 2004, Faculdade de Direito de Lisboa, pp.112.

⁹¹ Nestes casos, o risco de responsabilidade para a sociedade dominada será muito menor, uma vez que este se dilui também pelas outras sociedades que integram o grupo. Na perspetiva da sociedade-filha, esta consequência será bastante positiva, uma vez que a responsabilidade a ser-lhe imputada seria muito maior se não estivesse integrada no grupo.

⁹² A confusão de esferas será prejudicial para o credor uma vez que este pode não ter noção da titularidade da relação estabelecida entre as duas partes. Sem saber a verdadeira titularidade dessa relação, mostra-se mais difícil satisfazer o seu crédito. Segundo, DIOGO PEREIRA DUARTE, para o credor as sociedades que integram o grupo seriam “*alvos em movimento*”. Neste sentido vide, Duarte, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária, Mestrado em Ciências Jurídicas, 2004, Faculdade de Direito de Lisboa, pp.114.

⁹³ A organização do grupo de sociedades criado é de tal forma amplo que pode dar azo à dificuldade de identificação do agente funcional e à impossibilidade de criação de um nexo entre o facto típico e a pessoa coletiva.

enquanto uma só empresa e, como tal, age no mercado como se apenas de uma sociedade se tratasse. Na aceção de PAULO SARAGOÇA DA MATTA, existe aqui um “*equilíbrio instável entre a afirmação da Individualidade e a necessidade da Socialidade inter-dependente*”⁹⁴.

Existe assim, uma ingerência elevada de uma sociedade no governo de outras, que, como já foi referido anteriormente⁹⁵, em nada protege os sócios e os credores das sociedades dominadas.

Precisamente devido a essa elevada ingerência de uma sociedade em relação à outra, ANA RITA GOMES DE ANDRADE⁹⁶, fala de uma “*patologia*” do grupo de sociedades. Essa “*patologia*” que se cria nesses tipos de relações de grupo, como já foi referido e que é fortemente realçado pela autora, implica uma ingerência verdadeiramente danosa na sociedade que é dependente de uma outra. Assim, a complexidade que se cria em virtude da existência de uma estrutura extremamente hierarquizada, negligencia os direitos e interesses das suas filiais.

Com a negligência desses direitos e interesses das sociedades filiais integrantes nas relações de grupos, constitui-se uma “*anomalia (...) (e uma) assimetria entre personalidade e capacidade (...), que surge nas relações de domínio total quando confrontada com a teoria da personalidade coletiva e o conseqüente princípio geral de autonomia decisória e patrimonial (...)*”⁹⁷.

A influência na autonomia decisória das sociedades-filhas não implica, tão-só, uma desvantagem no seio do governo dessas mesmas sociedades, pois também implica uma desvantagem para os credores sociais que têm o seu crédito associado à sociedade que, por sua vez, está dependente de uma outra que a controla⁹⁸.

⁹⁴ Cfr. Matta, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do Código Penal e a Responsabilidade dos “Quadros” das “Instituições”*, Coimbra Editora, 2001, pp. 44.

⁹⁵ Veja-se ponto 1.2. Em especial: as Sociedades em Relação de Domínio.

⁹⁶ Cfr. Andrade, Ana Rita M. B. Gomes de, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*, Dissertação orientada pelo Prof. Doutor Pedro Pais de Vasconcelos, Mestrado em Direito, Ciências Jurídicas- Direito das Sociedades, 2008, pp. 68-75.

⁹⁷ Cfr. Andrade, Ana Rita M. B. Gomes de, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*, Dissertação orientada pelo Prof. Doutor Pedro Pais de Vasconcelos, Mestrado em Direito, Ciências Jurídicas- Direito das Sociedades, 2008, pp. 76.

⁹⁸ Alertando para a falta de proteção dos credores quando a sociedade-filha atua contra a sua vontade por ter recebido instruções vinculativas por parte da sociedade-mãe, veja-se, Garin, Duarte/Ferreira, Francisco da Cunha, *O Âmbito de aplicação temporal do artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais: Cessaçãõ da Responsabilidade com a extinçãõ da relaçãõ de grupo?*, Actualidad Jurídicã Uría Menéndez / 33-2012, in www.uria.com/documentos/publicaciones/3596/documento/P3.pdf?id=4398.

Tal se compreende uma vez que, num grupo há como um intercâmbio de crédito e de dívida dentro da relação de grupo e, como tal, todos os ganhos das sociedades são utilizados para satisfazer as necessidades do grupo. Como se compreende, a sociedade-mãe detendo a totalidade da participação social das suas filiais vai gerir o capital de acordo com as necessidades do grupo que, muitas das vezes, não são as necessidades da própria sociedade-filha, em termos individuais. Verifica-se assim uma diminuição do património de cada sociedade que pertence ao grupo, em prol de um interesse social. Ora, nas palavras de ANA RITA GOMES DE ANDRADE⁹⁹, verifica-se uma espécie de “*tentacularização*” da sociedade dominante, impedindo o credor de uma das sociedades-filhas, por hipótese, satisfazer o seu crédito pela existência de uma inevitável diluição patrimonial.

No entanto, a figura do levantamento do véu corporativo é uma figura excecional, não bastando a existência de um controlo ou domínio para o seu uso. Esse carácter residual é acentuado por TERESA QUINTELA DE BRITO, ao referir que esta figura deve “*restringir-se aos casos de utilização ilícita ou abusiva da personalidade colectiva para causar danos a terceiras partes, e na condição de faltar qualquer outra base jurídica para fazer face ao comportamento do director ou da sociedade em questão*”¹⁰⁰. Essa excecionalidade apontada pela autora, é também realçada pela Jurisprudência nacional. Entre nós destacamos o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2018 (Graça Amaral)¹⁰¹, que explicou que “*não existe preceito legal que regule e tutele a figura, pelo que a determinação das circunstâncias susceptíveis da sua aplicação é fundamentalmente casuística, embora a sua configuração seja apoiada em princípios gerais positivamente consagrados como sejam o abuso de direito, a má-fé e o intuito de prejudicar terceiros*”.

Não obstante da existência, no geral, de um regime verdadeiramente desvantajoso para o credor e para a sociedade subordinada onde aquele detém ou possui algum crédito, não podemos deixar de constatar que o CSC estabeleceu algumas regras que conseguem garantir alguma protecção das minorias do grupo.

⁹⁹ Cfr. Andrade, Ana Rita M. B. Gomes de, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*, Dissertação orientada pelo Prof. Doutor Pedro Pais de Vasconcelos, Mestrado em Direito, Ciências Jurídicas- Direito das Sociedades, 2008, pp. 77.

¹⁰⁰ Cfr. Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da Organização para a Execução do Facto: Responsabilidade Penal de Entes Colectivos, dos seus Dirigentes e “Actuação em Lugar de Outrem”*, Volume I, Dissertação de Doutoramento em Direito orientada pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma, 2012, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, pp. 691.

¹⁰¹ Acórdão da 6.ª Secção, Processo N.º 446/11.9TYLSB.L1.S1.

Entre elas, destacamos o artigo 501.º do CSC que aborda o tema da responsabilidade da sociedade diretora para com os credores da sociedade subordinada. Diz-nos o n.º1 do artigo 501.º do CSC que a *“sociedade directora é responsável pelas obrigações da sociedade subordinada, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termo deste”*. Igualmente protetor dos direitos da sociedade subordinada encontramos o regime do n.º 4 do artigo 503.º do CSC uma vez que, refere que é *“proibido à sociedade directora determinar a transferência de bens do activo da sociedade subordinada para outras sociedades do grupo sem justa contrapartida (...)”*. No mesmo sentido, é importante a referência ao n.º 3 do artigo 504.º do CSC que diz que, os *“membros do órgão de administração da sociedade subordinada não são responsáveis pelos actos ou omissões praticados na execução de instruções lícitas recebidas”*.

Todas estas normas elencadas, colmatam, no fundo, a incapacidade da sociedade subordinada de se defender do controlo exercido pela sociedade dominante. A nosso ver, são *“vias de escape”* à gestão, por vezes danosa, exercida por uma sociedade que controla os comportamentos das suas filiais no mercado económico.

1.4. Responsabilidade da sociedade dominante pela prática de factos da sociedade dominada

1.4.1. A Sociedade-Espantalho

Existem entes jurídicos coletivos que não podem ser configurados como verdadeiros centros de imputação jurídico-penal. As denominadas sociedades “*espantalho*” são um dos casos que, por não deterem uma autonomia organizativa, não lhes pode ser atribuído, aquando da prática do facto típico, um juízo de censurabilidade.

Aqui, configura-se o problema da qualificação da sociedade subordinada como uma “*sociedade espantalho*” uma vez que, como nos refere TERESA QUINTELA DE BRITO, “*a sociedade dominante verdadeiramente substitui na gestão os administradores da sociedade dominada*”¹⁰². O mesmo será dizer que a sociedade dominada é um mero ator nas mãos da sociedade dominante, uma vez que esta exerce uma influência dominante sobre a primeira.

No mesmo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ distingue as “*sociedades espantalho*” de outros dois tipos de entes coletivos. Em primeiro lugar dos entes coletivos, denominados de “*cidadãos corporativos*”, que cumprem o direito na prossecução da sua atividade societária. Em segundo lugar, dos entes coletivos não fiéis ao direito, isto é, onde a atividade desenvolvida é maioritariamente exercida de forma ilegal. A diferença destes entes coletivos, face ao ente coletivo “*espantalho*”, é bastante notável, visto que aqueles estão sujeitos a uma imputabilidade jurídico-penal em virtude de gozarem de um “*certo substrato organizativo material e (...) têm uma atividade real*”¹⁰³.

Como iremos abordar numa fase posterior, a Jurisprudência Comunitária acabou por concluir que nestes casos a influência dominante exercida pela sociedade-mãe e a mera existência da sociedade-filha para satisfação do interesse social do grupo são fatores que podem ser presumidos pelo controlo da participação social da sociedade-filha por

¹⁰² Cfr. Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da Organização para a Execução do Facto: Responsabilidade Penal de Entes Colectivos, dos seus Dirigentes e “Actuação em Lugar de Outrem”*, Volume I, Dissertação de Doutoramento em Direito orientada pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma, 2012, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, pp. 693.

¹⁰³ Cfr. Díez, Carlos Gómez-Jara, *La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. A proposito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014, in www.juntadeandaluzcia.es/articulus_60, pp.4.

parte da sociedade-mãe. Cabe à sociedade-filha, nestes moldes, provar que não é um mero “*espantalho*”, mas sim uma entidade que atua no mercado autonomamente. Pelo contrário.

Tendo em conta essa possibilidade de falta de autonomia da sociedade-filha e a sua qualificação como “*sociedade espantalho*”, TERESA QUINTELA DE BRITO¹⁰⁴ defende uma desconsideração da personalidade jurídica dessa mesma sociedade com base em três razões. A primeira diz respeito à integração da sociedade dominada na relação de grupo e a sua conseqüente perda de liberdade económica. A segunda assenta no facto da sociedade-filha ser instrumentalizada pela sociedade-mãe, uma vez que muitas das vezes é utilizada para encobrir práticas ilícitas daquela sociedade que a controla¹⁰⁵. Finalmente, a autora funda a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade dominada pela insuficiência do regime regulador do controlo exercido pela sociedade-mãe.

Por sua vez, essa desconsideração da personalidade jurídica mostra-se relevante para responsabilizar a pessoa coletiva dominante pelos atos das pessoas físicas que atuaram em nome e no interesse da pessoa coletiva dominada, na aceção da alínea a) do n.º 2 do artigo 11.º do CP. Tal se compreende porque “*esses dirigentes foram investidos pela sociedade absolutamente dominante nas funções de liderança, que exercem com carácter duradouro e sistemático na sociedade-espantalho, e que os habilitaram para a comissão – no interesse da primeira – do facto punível*”¹⁰⁶.

A importância da demonstração de que a sociedade filial tem autonomia económica e comercial é verdadeiramente essencial para determinar a imputação jurídico-penal dessa pessoa coletiva. Queremos com isto dizer que a censura face a uma ação ou omissão ilícita, só pode recair sobre empresas que, apesar de estarem integradas num grupo de sociedades, não dependem de uma outra sociedade para atuarem no espaço

¹⁰⁴ Cfr. Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da Organização para a Execução do Facto: Responsabilidade Penal de Entes Colectivos, dos seus Dirigentes e “Actuação em Lugar de Outrem”*, Volume I, Dissertação de Doutoramento em Direito orientada pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma, 2012, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, pp. 694.

¹⁰⁵ Note-se que nestes casos o Direito Penal estabelece no artigo 90.º-F o regime da pena de dissolução. Segundo este a “*pena de dissolução é decretada pelo tribunal quando a pessoa colectiva ou entidade equiparada tiver sido criada com a intenção exclusiva ou predominante de praticar os crimes indicados no n.º 2 do artigo 11.º ou quando a prática reiterada de tais crimes mostre que a pessoa colectiva ou entidade equiparada está a ser utilizada, exclusiva ou predominantemente, para esse efeito, por quem nela ocupe uma posição de liderança*”.

¹⁰⁶ Cfr. Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da Organização para a Execução do Facto: Responsabilidade Penal de Entes Colectivos, dos seus Dirigentes e “Actuação em Lugar de Outrem”*, Volume I, Dissertação de Doutoramento em Direito orientada pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma, 2012, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, pp. 698.

societário. Na falta de prova suficiente que sustente essa autonomia, diz-nos TERESA QUINTELA DE BRITO que estamos em condições de afirmar “*a autoria mediata da sociedade “atrás”, por domínio da vontade funcional dos líderes de “direito” da sociedade “da frente”, convertidos em dirigentes “de facto” da primeira sociedade*”¹⁰⁷. Na mesma linha de raciocínio, revelou-se importante o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Outubro de 2011 (MANUEL MARQUES)¹⁰⁸, que concluiu que se se apurar que a sociedade-mãe exercia um “*efectivo e completo domínio do facto*” sobre a sociedade-filha, é de imputar à sociedade-mãe o “*acto jurídico-formalmente praticado*” pela sua sociedade-filha.

Neste ponto, em jeito de conclusão, revela-se de especial importância o raciocínio de GÓMEZ-JARA DÍEZ, quando o mesmo realça que “*a complexidade interna suficiente é um pressuposto para o desenvolvimento de uma autorreferencialidade bastante que permita a autodeterminação do próprio sistema (...), questão decisiva para o nascimento de responsabilidade penal*”¹⁰⁹.

1.4.2. A existência de co-comissão do facto

Nesta temática mostra-se relevante o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 12 de Junho de 2012¹¹⁰, que ao tratar a questão da responsabilidade criminal da pessoa coletiva, nos remete desde logo para a questão e problemática da existência de dirigentes comuns.

Ora, o acórdão em questão tem por base uma decisão que absolveu “A” (sociedade dominada pela sociedade “M”), “B” e “C” (membros da administração da sociedade dominada, exercendo também funções na sociedade “M”) do crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, por considerar que, não ficou demonstrada a responsabilidade

¹⁰⁷ Cfr. Brito, Teresa Quintela de, *Domínio da Organização para a Execução do Facto: Responsabilidade Penal de Entes Colectivos, dos seus Dirigentes e “Actuação em Lugar de Outrem”*, Volume I, Dissertação de Doutoramento em Direito orientada pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma, 2012, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, pp. 700.

¹⁰⁸¹⁰⁸ Processo n.º 646/11.1TVLSB-B.L1-1.

¹⁰⁹ Cfr. Díez, Carlos Gómez-Jara, “*Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? , Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel*, Política criminal, vol. 5, N.º 10 , Diciembre 2010, in http://www.politicacriminal.cl/vol_05/n_10/vol5N10d1.pdf , pp. 469.

¹¹⁰ Acórdão do Relator João Amaro, Processo 170/08.0TAVVC.E1, disponível em: www.dgsi.pt

dos arguidos na não entrega das quantias à Segurança Social, ou seja, não foi comprovado o domínio do facto punível por parte dos dois membros da administração.

Confirmando assim o Tribunal da Relação o que já havia decidido o Tribunal de 1.^a instância, sublinhando que *“bem andou o tribunal a quo ao entender que, no que concerne aos arguidos B e C, a prova produzida não foi suficiente para a condenação (dando como não provados os factos essenciais da imputação a tais arguidos do crime de abuso de confiança em relação à segurança social de que estavam acusados)”*. Entendeu pois o Tribunal que não ficou provado que, a entrega das contribuições devidas à Segurança Social estivesse na área das funções e competências dos arguidos “B” e “C”, pois *“não basta, nesta situação, estar demonstrado que os arguidos B e C eram formalmente (ou estatutariamente) administradores da sociedade em causa, sendo ainda necessário averiguar e provar se os mesmos tinham uma actividade efectiva na empresa (...)”*.

Em suma, conclui o Tribunal que não será possível a responsabilização da pessoa coletiva, pois constatando-se que não foi feita prova dos factos que permitam identificar com certeza quem agiu e atuou em seu nome e no seu interesse, não existe o elemento subjetivo do crime para que o mesmo se possa imputar à pessoa jurídica.

Outra questão relevante seria também a posição de “D”, cuja responsabilidade se extinguiu por morte, pois este tinha uma dupla qualidade, pois era administrador da sociedade “M” (sociedade dominante) e ao mesmo tempo, vogal do conselho de administração da sociedade “A” (sociedade dominada). Ou seja, “D” era um agente comum pois, fazendo parte da sociedade dominante também estava presente na sociedade dominada. Colocar-se-ia então a este nível um problema de comparticipação criminosa entre a sociedade dominante e a sociedade dominada¹¹¹, uma vez que, “D” sendo atuante em nome da sociedade “A”, detinha também poderes para vincular a sociedade “M”.

¹¹¹ Note-se que a comparticipação criminosa pressupõe a diversidade de pessoas, pelo que aqui a questão da comparticipação apenas se coloca ao nível das duas pessoas jurídicas em questão, e não entre a pessoa jurídica e os seus dirigentes, por faltar precisamente essa diversidade de sujeitos.

Parte III

1. Responsabilidade Jurídico-Penal em Grupos de Empresas

1.1. Critérios formais de imputação jurídico-penal da pessoa coletiva

Para a responsabilização da pessoa coletiva, normalmente são utilizados dois critérios diferentes: critério formal e critério material. Neste tópico iremos analisar o critério formal que se inspira na redação do artigo 11.º do código penal.

Segundo o n.º 2 do artigo 11.º do CP, podemos chegar à responsabilidade da pessoa coletiva quando os crimes sejam cometidos por pessoas que nela ocupem posições de liderança e por quem aja sobre a autoridade das pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança. A lei não é omissa quanto à definição de posição de liderança. O n.º 4 do artigo 11.º diz-nos que detém uma posição de liderança, “*os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade*”. Quando se fala em órgão, está a fazer-se referência à atuação dos titulares dos respetivos órgãos, que atuam em nome e no interesse da pessoa jurídica¹¹².

Como nos diz MARQUES DA SILVA, a responsabilização penal da pessoa coletiva no direito português tem uma característica diferente face aos outros regimes, na medida em que nasce de um “elo de ligação” entre a pessoa física que cometeu o facto ilícito e a pessoa coletiva a que pertence e onde ocupa uma posição de liderança. No direito português não existe responsabilização da pessoa coletiva sem a identificação de um agente¹¹³.

Cabe, neste ponto dissecar o n.º4 do artigo 11.º. Como atrás referimos existem três entidades que são capazes de deter a “posição de liderança” capaz de responsabilizar a

¹¹² Veja-se que, apesar da lei não identificar os órgãos que podem responsabilizar a pessoa coletiva, pressupõe-se que, para a responsabilização daquela, que aquele detenha poderes capazes de formar uma vontade da pessoa coletiva. Neste sentido, Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp .227

¹¹³ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009pp. 223 – 226.

pessoa coletiva: órgãos, representantes e pessoas que detenham autoridade para exercer controlo de uma atividade dentro da pessoa coletiva¹¹⁴.

O primeiro é capaz de responsabilizar a pessoa coletiva porque, enquanto centros de poder ou pequenas células de poder do ente coletivo, têm poderes específicos para tomar decisões em determinadas áreas específicas e determinadas, de acordo com uma determinada estrutura e competência mais ou menos complexas. Quando se fala de órgãos, fala-se de estruturas que detêm determinada competência concedida primariamente pelos estatutos da própria pessoa coletiva. Esta definição em nada tem que ver com definição de auxiliares ou agentes. Estes últimos apenas executam a vontade do órgão e a sua competência provém da deliberação do órgão¹¹⁵.

De acordo com esta definição parece-nos que, apesar da lei não referir nada em concreto, que se deve sufragar a posição de MARQUES DA SILVA¹¹⁶, quanto ao órgão capaz de responsabilizar o ente coletivo. Segundo este autor, o órgão capaz de responsabilizar o ente jurídico é o órgão ativo, ou seja, o órgão de é capaz de emitir decisões em prol da sociedade e não um mero órgão consultivo.

No entanto, chegar à definição de órgão para efeitos de responsabilização da pessoa coletiva pode levar-nos a outro problema: que é o de saber se como se forma a vontade da pessoa coletiva dentro desse órgão.

Todos sabemos que a toda a sociedade detém órgãos de administração que deliberam quando à vida económico-financeira desta, isto é, cuidam do bem-estar da sociedade e asseguram o seu normal funcionamento. Para tal, podem existir na sociedade órgãos singulares e órgãos coletivos. Contudo, é relativamente a estes últimos que se criam dificuldades na determinação da vontade do órgão que age, em nome e no interesse da sociedade.

Essa dificuldade cria-se porque, no caso de órgãos plurais, existe um nexo de causalidade entre a vontade desse órgão e a deliberação que tem que ser feita para que se forme essa vontade. Assim, em virtude da existência desse nexo de causalidade, podemos

¹¹⁴ Cfr. Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da CRP e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Edição, 2011, pp. 82

¹¹⁵ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009 pp.228-229; 235-236

¹¹⁶ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp.230, quando este refere que, em princípio, serão apenas os órgãos da administração que serão capazes de emitir a vontade da sociedade.

dizer que só existe uma verdadeira vontade do órgão quando se cria existe uma deliberação para fundamentar essa decisão do respetivo órgão ativo.

Desta forma, a vontade do órgão de organização plural formar-se-á pela vontade dos indivíduos que o compõem. Essa vontade é determinada pela lei. Isso é precisamente o que define o n.º1 do artigo 53.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante, CSC), ao determinar que as “*deliberações dos sócios só podem ser tomadas por alguma das formas admitidas por lei para cada tipo de sociedade*”.

Qualquer decisão tomada terá que ser provada através de atas, onde existem, entre outros elementos, a identificação da sociedade, lugar, dia e hora da reunião, o teor das deliberações tomadas e o resultado das votações¹¹⁷. Será este elemento, um dos elementos que, em última instância, firmará a deliberação do órgão que poderá eventualmente responsabilizar a sociedade. Com efeito, a ata é uma formalidade que condiciona o processo probatório da deliberação, visto que, na sua falta e quando a lei não a dispensa, essa mesma deliberação não é eficaz¹¹⁸.

Como atrás foi referido, não só os órgãos da pessoa coletiva são capazes de a responsabilizar. Os representantes dessa mesma pessoa coletiva, pelo facto de ocuparem uma posição de liderança dentro dessa estrutura coletiva, pelos seus atos, também podem gerar a responsabilização jurídico-penal dessa sociedade.

O representante distingue-se do órgão na medida em que, apesar de possuir uma ligação com a pessoa coletiva, não é parte integrante da mesma. Contudo, os seus atos vinculam a pessoa coletiva¹¹⁹. Cabe assim, desconstruir o conceito de representante.

A figura do representante está prevista no Direito Civil no n.º1 do artigo 163.º ao dispor que a “*(...) representação da pessoa coletiva, em juízo e fora dele, cabe a quem os estatutos determinarem ou, na falta de disposição estatutária, à administração ou a quem por ela for designado.*” Assim, o representante, por lei ou por vontade de um órgão da pessoa coletiva¹²⁰, é munido de um conjunto de poderes estritamente necessários para

¹¹⁷ Cfr.n.º1 e 2 do artigo 63.º CSC

¹¹⁸ Cfr. Cordeiro, António Menezes, *Direito das Sociedades I - Parte Geral*, Reimpressão da 3.ª Edição - Ampliada e atualizada de 2011, Almedina, 2016, pp. 761

¹¹⁹ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 237,

¹²⁰ Cfr. Varela, Antunes / Lima, Pires de, *Código Civil Anotado*, Volume I (artigos 1.º a 761.º), 4ª Edição Revista e Actualizada, Reimpressão, Com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Wolkers Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Abril 2010, pp. 166- 167. Segundo estes autores, existe uma ordem específica no artigo para a constituição da representação que não pode ser ignorada, uma vez que, a representação determinada pelos administradores só terá lugar se não existir designação estatutária.

o cumprimento da vontade da pessoa coletiva. O primeiro atua deste modo, em representação de uma estrutura jurídica, substituindo a vontade desta.¹²¹

No que concerne a essa substituição de vontades veja-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹²², ao referirem que, um representante de determinada pessoa coletiva adquire “*direitos que ingressam imediatamente na esfera jurídica dela, e a responsabilizam pelo cumprimento dessas obrigações*”. Deste modo, podemos afirmar que existe uma eficácia externa em todos os atos emitidos pelo representante em nome do representado, de tal forma que se formará uma responsabilização penal por factos próprios e nunca alheios¹²³. A pessoa coletiva acabará por definir a extensão e alcance dessa eficácia, ao designar todos os poderes que cabem ao representante.

O conceito de representante em Direito Civil e os seus requisitos devem ser coordenados com o conceito de representante em Direito Penal. Em Direito Penal a representação em nome da pessoa coletiva está regulada no Código de Direito Penal (doravante, CP) no seu artigo 12.º. Deste modo, dispõe o n.º 1 do artigo 12.º que é “*punível quem age voluntariamente (...) em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respetivo tipo de crime exigir: (...) Determinados elementos pessoais e estes só se verificarem na pessoa do representado; ou (...) Que o agente pratique o facto no seu próprio interesse e o representante atue no interesse do representado (...)*”. A diferença que se verifica no Direito Penal face ao Direito Civil assenta na ausência de solenidade do ato de representação, ou seja, o ato que atribui todos os poderes de representação, segundo o n.º 2 do artigo 12.º CP, pode ser ineficaz. Deste modo, a punição do n.º 1 do artigo 12.º é ainda assim aplicável.¹²⁴

Importa referir o papel das pessoas que dentro da pessoa coletiva têm autoridade para exercer o controlo da sua atividade. De acordo com a opinião de MARQUES DA SILVA¹²⁵ a pessoa tem apenas que deter autoridade sobre um setor de atividade da pessoa coletiva, para que a responsabilização jurídico-penal desta seja possível. Mostra-se

¹²¹ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 239

¹²² Cfr. Varela, Antunes / Lima, Pires de, *Código Civil Anotado*, Volume I (artigos 1.º a 761.º), 4ª Edição Revista e Actualizada, Reimpressão, Com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Abril 2010, pp. 167.

¹²³ Cfr. Matta, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do Código Penal e a Responsabilidade dos “Quadros” das “Instituições”*, Coimbra Editora, 2001, pp. 51.

¹²⁴ Cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 243.

¹²⁵ Cf. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 246

importante aferir, se se verificam os seguintes requisitos: 1) existência de atribuição expressa ou tácita de poderes; 2) poderes de autoridade exercidos dentro de um determinado setor de atividade. Sem a verificação dos requisitos mencionados, o facto praticado nunca poderá ser oponível à sociedade.

Por último, independentemente do sujeito que detenha a posição de liderança, há que distinguir se esse sujeito praticou um ato funcional ou pessoal. Cabe assim determinar se, a pessoa praticou o ato no âmbito das funções que exerce no ente jurídico, e ao abrigo desse exercício¹²⁶, ou se, praticou o ato fora dessas mesmas funções.

1.2. Critérios materiais de imputação jurídico-penal da pessoa coletiva

1.2.1. Existência de um facto praticado em nome e no interesse da pessoa coletiva

Como já referimos, enquanto pressuposto formal de imputação jurídico-penal da pessoa coletiva, o agente que pratica o facto tem que constar no elenco enumerado pelo artigo 11.º do CP. Contudo, para se garantir a responsabilização do ente jurídico deverão ser assegurados os pressupostos materiais.

Entre eles, destaca-se o facto de o agente atuar em nome e no interesse da pessoa coletiva¹²⁷. Embora não se mostre necessária uma evocação expressa do nome da pessoa

¹²⁶ Cfr. Silva, Germano Marques da, in *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp 249-250, quando o autor refere que um ato pode ser considerado funcional, ainda que seja ilícito. Aqui o importante é aferir, segundo o autor, se os atos foram praticados no âmbito dos poderes atribuídos ao sujeito e de acordo com os fins da própria sociedade.

¹²⁷ Atente-se ao facto que este critério de imputação do crime à pessoa coletiva contraria a anterior doutrina, que considerava que era impossível a responsabilização da pessoa jurídica, uma vez que esta, pela sua natureza, era incapaz de atuar. Neste sentido veja-se Bravo, Jorge dos Reis, *Direito Penal de entes colectivos, Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, Novembro, 2008, pp. 67-69; e Brandão, Nuno *O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal*, Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários, Vol III, Coimbra Editora, 2009, pp. 461-462. Igualmente, veja-se Gonçalves, M. Maia, *Código Penal Português*, Anotado e Comentado, Legislação Complementar, 15.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 93, quando o autor referiu que a atribuição de uma infração criminal à pessoa coletiva mostrava-se impossível, “*quer porque (eram) (...) insusceptíveis de imputação moral, e dada a impossibilidade de se cometer um crime por intermédio dos órgãos sociais*”. Defensor da impossibilidade de imputação jurídico-penal da pessoa coletiva, CAVALEIRO DE FERREIRA, sustentou que a consciência e vontade para a

jurídica em cada ato praticado pelo agente, será determinante que este atue ao abrigo das suas funções, isto é, que não pratique um ato pessoal. Para além disso, é premente que exista “ *entre o acto e a função uma conexão adequada e não simplesmente que o facto seja praticado por ocasião do exercício da função ou (...) por pessoa que tem qualidade formal de órgão ou representante da sociedade (...)*”.¹²⁸

Ainda que o agente atue em nome da sociedade, terá que atuar também no seu interesse. Só deste modo, nas palavras de TERESA SERRA, é que, segundo a teoria da identificação, os atos cometidos pelos órgãos de uma entidade corporativa podem ser atos próprios dessa entidade coletiva¹²⁹. O mesmo nos parece transmitir LÍDIA GARRIDO CORDOBERA, que, ao explicar a conexão entre o facto típico e ilícito que é cometido pela pessoa física que atua em nome e no interesse da pessoa coletiva, e a própria pessoa coletiva, concluiu que a individualização do agente funcional e a sua responsabilização não exclui a responsabilidade da própria entidade jurídica. Segundo a opinião da autora, a não exclusão da responsabilidade jurídico-penal é explicada pela natureza do dano que é criado através da comissão do facto típico, uma vez que, o dano criado é de origem grupal ou, melhor, de autoria grupal¹³⁰.

O facto praticado no interesse da sociedade terá em conta os fins da própria sociedade¹³¹. A este respeito discute-se o conceito de “interesse coletivo”, aquando da aferição do cumprimento dos deveres dos gerentes ou administradores da sociedade¹³².

Os deveres dos gerentes ou administradores da sociedade referidos no artigo 64.º do CSC, dividem-se em dois tipos de dever: deveres de cuidado e deveres de lealdade. Os primeiros pressupõem o cuidado na realização de uma atividade de acordo com a competência e o conhecimento técnico adequado para o desenvolvimento de uma

prática do ato criminoso eram unicamente características da pessoa singular. Neste sentido, cfr., Ferreira, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, I, Lisboa, 1987, Verbo, pp. 188 ss.

¹²⁸ Cfr. Silva, Germano Marques da, in *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp 260

¹²⁹ Cfr. Serra, Teresa, *Establishing a Basis for Criminal Responsibility of Collective Entities*, in *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, International Colloquium, Berlin, May 4-6, 1998, Edition iuscrim, pp. 210-211.

¹³⁰ Para uma explicação mais alargada sobre o assunto, veja-se, Cordobera, Lída Mª Rosa Garrido, *La Responsabilidad Grupal o Colectiva*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tercera Época, 2012, Número 3, Julio-Septiembre, Editorial REUS, pp.372.

¹³¹ Cfr. Silva, Germano Marques da, in *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp 261, quando o autor refere que, atuar no âmbito dos fins da sociedade tem que ver com o seu objeto, ou seja, tem em conta não apenas questões de ordem económico-financeira mas também os propósitos para o qual a sociedade foi criada.

¹³² Veja-se o artigo n.º 64.º do Código das Sociedades Comerciais (doravante, CSC).

determinada função¹³³. Do elenco de deveres de cuidado destacam-se os deveres de tomar decisões de acordo com informações razoavelmente obtidas, de controlar o desempenho económico da sociedade e o dever de controlar toda a produção em volta da atividade desenvolvida por um determinado agente funcional¹³⁴. A violação destes deveres pode ser causada pela atuação do indivíduo com posição de liderança ou por uma falta de atuação quando uma ação era exigida para cessar ilegalidades¹³⁵.

Os segundos pressupõem a existência de um dever de lealdade de acordo com o interesse da sociedade, sócios e outros indivíduos relevantes para a produtividade/sustentabilidade do ente jurídico. Segundo COUTINHO DE ABREU, uma conduta desleal é uma conduta “*que promove (...) de forma directa ou indirecta, situações de benefício ou proveito próprio dos administradores (ou de terceiros, por si influenciados, ou de familiares), (...) sem consideração pelo conjunto dos interesses (...) atinentes à sociedade*”¹³⁶.

Na avaliação do cumprimento dos deveres de lealdade é importante averiguar em que termos se pode excluir a responsabilidade da sociedade quando os seus agentes funcionais atuam contra ordens ou instruções de quem de direito¹³⁷. Para que se verifique essa exclusão de responsabilidade devem estar preenchidos três requisitos: 1) o agente deve atuar contra uma vontade expressa de conteúdo vinculativo¹³⁸; 2) a ordem ou instrução deverá possuir conteúdo perceptível e inequívoco; 3) essa ordem ou instrução deverá ser emitida por quem de direito¹³⁹.

¹³³ Veja-se que a alínea a) do n.º 1 do artigo 64.º, quando faz referência aos deveres de cuidado, exige apenas que exista uma “diligência de um gestor criterioso e ordenado”, como critério de aferição da satisfação de esses mesmos deveres. Assim, a concretização desse critério avaliador da diligência, realizar-se-á, como a lei identifica, segundo a “disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade”. Para uma melhor explicação destes critérios de concretização, veja-se Abreu, Jorge M. Coutinho de (Coord.), *in Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), Almedina, Outubro, 2010, pp. 736.

¹³⁴ Cfr. Abreu, Jorge M. Coutinho de (Coord.) *Código das Sociedades Comerciais...*, pp. 732.

¹³⁵ Cfr. Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da CRP e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Edição, 2011, pp. 83.

¹³⁶ Cfr. Abreu, Jorge M. Coutinho de (Coord.) *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), Almedina, Outubro, 2010, pp. 742-743.

¹³⁷ Deste modo, diz-nos o n.º 2 do artigo 7.º do Regime Geral das Infrações Tributárias (doravante, RGIT) e o n.º 6 do artigo 11.º do CP, que a “responsabilidade das pessoas colectivas (...) é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.”

¹³⁸ Excluem-se meras recomendações sem carácter vinculativo. Cfr. Silva, Germano Marques da, *in Responsabilidade das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 268.

¹³⁹ Na definição de “quem de direito” entram os órgãos que, pela lei ou estatutos, a sociedade conferiu poderes para agir no seu interesse.

O cumprimento dos deveres *supra* mencionados, verifica-se como essencial uma vez que, tanto os administradores como os gerentes da sociedade, agem em nome e no interesse da sociedade, ou seja, representam esse mesmo ente nas relações externas que vão desenvolvendo, com o objetivo de gerar uma maior produtividade e lucro, enquanto elemento intrínseco à atividade económica. O artigo n.º 64.º do CSC apresenta-se assim como um fundamento de responsabilidade do gestor ou administrador. Daí que, uma das consequências da violação dos deveres de cuidado e de lealdade, ao nível interno, seja a destituição do sócio ou do administrador¹⁴⁰.

Em suma, subscreve-se as palavras de TERESA QUINTELA DE BRITO, quando refere expressamente que, para a responsabilização da pessoa colectiva ocorrer, terá que existir um “*domínio da organização para a execução típica do facto*”¹⁴¹.

Mostra relevância para a análise deste tópico o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Abril de 2013¹⁴², que analisou a questão da prova do facto para responsabilizar a pessoa jurídica.

No caso em apreço, o Tribunal da Relação vem apreciar o recurso interposto por M da decisão da primeira instância no sentido da condenação pela prática, em autoria material, de um crime de abuso de confiança fiscal, previsto no artigo 105.º do Regime Geral das Infrações Tributárias¹⁴³ (doravante, RGIT).

Aquando da sustentação da procedência do recurso, o Ministério Público, explica que integra o “*elemento objetivo do tipo de abuso de confiança fiscal o recebimento, pelo agente, de prestações tributárias, devidas e destinadas ao Estado através da Administração Tributária, por si liquidadas (ou retidas nos pagamentos a efectuar) e “cobradas” a terceiros, e a não entrega de tais prestações que o agente assim recebeu*”.

Ora, no caso em análise, está em causa a entrega do IVA no terceiro trimestre de 2010 que, apesar de ter de ser feita até Novembro de 2010 não o foi, apesar de a pessoa coletiva ter sido notificada para o efeito. Na matéria de facto é dado como provado que a recorrente é a sócia-gerente da sociedade F desde 2007 (responsável pela gestão da

¹⁴⁰ Neste sentido veja-se o n.º 6 do artigo 257.º e o n.º 2 e 4 do artigo 403.º, ambos do CSC, para a destituição com justa causa dos gerentes e dos administradores, respetivamente.

¹⁴¹ Cfr. Brito, Teresa Quintela de, *Responsabilidade Criminal das Pessoas Jurídicas e Equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva*, Estudos em Homenagem ao Professor Oliveira Ascensão, Almedina, 2008, pp. 1427

¹⁴² Processo N.º 496/11.5IDLBS.L1-3 do Relator Jorge Raposo, disponível em www.dgsi.pt

¹⁴³ Prevê o artigo em questão no seu n.º1 que “*Quem não entregar à Administração Tributária, total ou parcialmente, prestação tributária de valor superior a €7500, deduzida nos termos da lei e que estava legalmente obrigado a entregar é punido com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias*”.

sociedade e por todas as responsabilidades financeiras e fiscais). A sociedade F é uma pessoa coletiva que se dedica ao comércio de vestuário e pela sua atividade é obrigada a entregar prestações tributárias à satisfação do montante exigível em termos de IVA. Mais se provou que em 2010 a sócia-gerente procedeu à venda da sua quota na sociedade F e renunciou à gerência.

Tendo em conta o referido, mostra-se relevante saber o exato momento em que existiu a comissão do crime de abuso fiscal previsto no artigo 105.º do RGIT, uma vez que só assim podemos identificar quem é o responsável pela infração. Como é explicado no acórdão, o crime de abuso de confiança fiscal é um crime omissivo puro, uma vez que, se verifica aquando da não entrega da prestação tributária. Neste sentido, cumpre verificar se no momento em que se consuma a realização do facto típico a M detinha o domínio funcional para a execução do facto.

Assim, conclui o Tribunal, que o domínio funcional de M sobre a execução do facto teria que existir no momento do vencimento da obrigação tributária. Como a M no momento do vencimento da obrigação tributária não era nem gerente nem sócia, pode concluir-se que não existia no momento o domínio funcional¹⁴⁴. O Tribunal realça que “*o exercício da gerência no momento em que ocorreu o facto gerador da obrigação tributária (3.º trimestre de 2010) é, por si só, insuficiente para lhe assacar a responsabilidade criminal por abuso de confiança fiscal*”. Como complemento, podemos atender às palavras de PAULO SARAGOÇA DA MATTA, quando este explica que a “*simples titularidade de uma função ou qualidade (...) é pela lei penal utilizada para demarcar o círculo de autores que podem praticar o ilícito, mas não afasta a necessidade de que uma acção tenha que existir. A realização do tipo é a execução da acção tipicamente descrita, directa ou mediadamente*”¹⁴⁵.

Em suma, apesar de o Tribunal ter decidido pela absolvição da arguida M, isso não significa que a sociedade não pudesse ser responsabilizada criminalmente. Veja-se que, o n.º 1 do artigo 7.º do RGIT diz-nos que as “*pessoa coletivas, sociedades, ainda*

¹⁴⁴ Note-se que, MARQUES DA SILVA, ao abordar a questão dos crimes omissivos puros, explica que, a omissão “*não é punível salvo se sobre o agente recair o dever de agir, no caso o dever de agir funcionalmente, cumprindo o dever que primariamente é da empresa, mas que, em razão da distribuição de funções no seio da empresa, quando se trata de empresa/sociedade, recai sobre a Administração*”. Neste sentido cfr. Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 377.

¹⁴⁵ Cfr. Matta, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do Código Penal e a Responsabilidade dos “Quadros” das “Instituições”*, Coimbra Editora, 2001, pp. 32-33.

que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são responsáveis pelas infracções previstas na presente lei quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e no interesse coletivo”. Para além disso, segundo o n.º 3 do artigo 7.º do RGIT, a responsabilidade criminal das sociedades não exclui a responsabilidade individual dos seus agentes funcionais.

Ora, no presente caso para existir responsabilidade penal da pessoa jurídica (sociedade F), teria de ser demonstrado o nexo de imputação do facto a uma pessoa física (agente funcional). No caso concreto, não se conseguiu apurar a pessoa física que em representação da sociedade deveria atuar em seu nome e no seu interesse e que teria obrigação de satisfazer a obrigação tributária inerente ao pagamento do IVA. Não existindo o nexo de imputação entre o facto e a pessoa física que deveria ter atuado em nome e no interesse da sociedade, nunca poderia, na aceção do Tribunal da Relação, existir igualmente responsabilização penal de pessoa jurídica.

1.2.2. Culpa

Como já referimos existe uma relação entre a sociedade e as pessoas que agem em nome e no interesse desta, isto é, a imputação jurídico-penal da pessoa coletiva só terá lugar se o crime for cometido em nome e no interesse da sociedade¹⁴⁶.

Ora, para além do elemento fático mencionado anteriormente, terá de se apurar o elemento volitivo, ou seja, determinar se existiu culpa na prática do crime por parte do agente funcional¹⁴⁷. Como nos ensina FIGUEIREDO DIAS, a culpa “*surge como uma censura jurídica dirigida ao agente pela prática do facto*”¹⁴⁸. Essa censura jurídica tem

¹⁴⁶ Note-se que, o princípio da pessoalidade das penas foi aplicado pela Jurisprudência, aquando do apuramento da imputação jurídico-penal da pessoa coletiva. Veja-se nesse sentido, o Acórdão da Relação de Lisboa de 23/10/2007, do Relator Filipa Macedo, Processo N.º 6245/2007-5, quando concluiu que seria inaceitável “*a atribuição da qualidade de sujeitos activos de infracções criminais às pessoas colectivas (...) porque são insusceptíveis de imputação moral*”.

¹⁴⁷ Veja-se que, apesar de não ser suficiente, TERESA QUINTELA DE BRITO, refere que a “*autoria do dirigente constitui o primeiro passo na rota da responsabilização da colectividade (...)*”. Cfr. Brito, Teresa Quintela de, *Crime Omissivo e Novas Representações da Responsabilidade Social*, Liber Amicorum de José de Sousa e Brito, Estudos de Direito e Filosofia, Almedina, pp. 941.

¹⁴⁸ Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2.ª Edição, Janeiro 2011 (Reimpressão), Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer, pp. 510.

de ser avaliada de acordo com certos critérios dos quais se destacam, a capacidade ou não de culpa, a consciência de ilicitude e a possibilidade de atuação alternativa¹⁴⁹.

Num Estado de Direito Democrático não é suficiente a valoração da tipicidade e da ilicitude, sob pena de ofensa ao princípio do *nulla poena sine culpa*. Nesse sentido, o n.º 2 do artigo 40.º do CP, refere que “*em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa*”.

A criação de um modelo de culpa da pessoa jurídica é distinto do modelo de culpa da pessoa singular. Contudo, como explica GÓMEZ-JARA DÍEZ, o conceito de culpabilidade individual e o conceito de culpabilidade empresarial são “*funcionalmente equivalentes*”¹⁵⁰.

Em primeiro lugar, o que se exige não é uma vontade “*física*” da pessoa coletiva na prática do crime, uma vez que estamos perante uma entidade jurídica, mas sim, apurar se o agente que atuou no nome e o interesse daquela, atuou com conhecimento da prática do facto e que a sua conduta seja censurada pelo Direito¹⁵¹. Caso o agente atue com conhecimento da prática do facto, verifica-se o pressuposto da culpa na pessoa jurídica. Deste modo, “*quando o agente pratica o acto na prossecução do interesse da sociedade, então o que há é culpa da pessoa física e culpa da sociedade*”¹⁵².

Contudo, a verificação da culpa da pessoa jurídica é apurada caso a caso, visto que, para além da necessidade de se determinar a vontade na prática de um facto pelo

¹⁴⁹ Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, 2.ª Edição, Janeiro 2011 (Reimpressão), Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer, pp.pp. 512.

¹⁵⁰ Aqui o autor dá, entre outros, como exemplo de elemento funcionalmente equivalente, a constituição de um importante sinalagma no Direito Penal. O sinalagma consiste na constatação de que a concessão de um direito de auto-organização da pessoa coletiva tem como consequência a sua imputação jurídico-penal por todos os efeitos negativos que advierem dessa mesma liberdade. Neste sentido cfr. Díez, Carlos Gómez-Jara, *A responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Teoria do Crime para Pessoas Jurídicas, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2015, pp. 36-40; Díez, Carlos Gómez-Jara, *Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial, Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, RECPC 08-05 (2006), in <http://criminet.ugr.es/recpc>, pp. 17-20.

¹⁵¹ Quando referimos que não se exige uma vontade “*física*” da pessoa coletiva não estamos com isso a querer dizer que não tem que existir uma vontade própria da pessoa jurídica, que se manifesta pela prossecução dos seus interesses. Essa vontade do ente jurídico tem que existir sempre, sob pena de não conseguirmos responsabilizar aquele. Contudo, e muito embora a responsabilização da pessoa coletiva não estar dependente da responsabilização da pessoa singular, tem que existir sempre um elo de ligação entre a conduta do agente funcional e o interesse da sociedade.

¹⁵² Cfr. Silva, Germano Marques da, in *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, pp. 272

agente funcional, terá que se determinar se essa vontade é a vontade da própria pessoa jurídica. A dificuldade em apurar a culpa torna-se mais evidente quando estamos a avaliar a decisão de um órgão colegial, uma vez que, nem todos os agentes poderão agir e decidir com conhecimento¹⁵³. Alguns membros podem atuar com culpa e outros não, mas a culpa da pessoa coletiva só existirá, se a culpa se verificar na decisão da maioria dos membros do respetivo órgão colegial.

A verificação da culpa terá assim que se feita de acordo com o caso concreto, pois ainda que, tenha existido uma decisão não conforme à lei, não significa que essa decisão tenha sido tomada de acordo com o interesse da pessoa coletiva. Segundo MARQUES DA SILVA, “*a vontade da pessoa colectiva deve ser formada nos termos legais ou estatutários e (...) é preciso que a vontade do acto seja a vontade da pessoa colectiva e não a do agente, ainda que titular de órgão ou representante*”¹⁵⁴.

Somente no caso em que se verifica uma sinergia entre um ato intencional praticado por um determinado agente funcional e o interesse da pessoa jurídica, é que podemos falar de culpa da pessoa coletiva¹⁵⁵. Por outras palavras, “*enquanto for possível identificar e «captar» o suporte individual da conduta delituosa, o estabelecimento da imputação penal do ente colectivo se (faz) por referência à imputação daquele*”¹⁵⁶. Por essa razão se fala da existência de um nexo de imputação do facto a um agente da pessoa coletiva¹⁵⁷.

¹⁵³ Cfr. Albuquerque, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da CRP e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.^a Edição, 2011, pp. 85, quando o autor refere que um membro de um órgão colegial pode não ser responsabilizado criminalmente se o mesmo votou contra uma determinada deliberação.

¹⁵⁴ Cfr. 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 Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2009, pp. 794.

¹⁵⁵ Importa referir que a responsabilidade da pessoa coletiva não está dependente da responsabilidade da pessoa individual (veja-se o N.º 7 do Artigo 11.º do CP), ou seja, pode haver responsabilização da pessoa jurídica sem existir responsabilização do agente individual ou vice-versa. Segundo MARQUES DA SILVA, a vontade da pessoa coletiva não se confunde com a vontade da pessoa individual que a integra e, como tal, poderá alegar-se em julgamento a nulidade da acusação se as alegações de facto apenas fundamentarem a imputação do crime aos agentes funcionais. Com isto, quer dizer-se que, o apuramento da culpa da pessoa coletiva não está dependente do apuramento da culpa do agente individual. Neste sentido, veja-se, 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 Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2009, pp. 794.

¹⁵⁶ Bravo, Jorge dos Reis, *Direito Penal de entes colectivos, Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, Novembro, 2008, pp.

¹⁵⁷ Neste sentido veja-se Albuquerque, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da CRP e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.^a Edição, 2011, pp. 85.

1.3. Critérios de atribuição de responsabilidade penal (solidária) à sociedade-filha e/ou à sociedade-mãe: em especial, o acórdão Azko Nobel.

O Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 10 de Setembro de 2009 tratou de saber se seria possível responsabilizar a sociedade-mãe pelas infrações cometidas pelas suas filiais ou sociedades-filhas quando estas tenham infringido regras do Direito da Concorrência. O acórdão em apreço diz respeito a um recurso interposto pela sociedade-mãe e sociedades-filhas do grupo Azko Nobel, recurso esse que teve por base a decisão do Tribunal de 1.^a Instância, que confirmou a decisão da Comissão de aplicação de uma coima.

A decisão da Comissão teve por base uma investigação que se desenvolveu no setor do cloreto de colina, produto que era produzido e comercializado pelas cinco sociedades pertencentes ao grupo Azko Nobel. O grupo teria entre 1993 e 1994 desenvolvido atividades anti concorrenciais ligadas à fixação de preços, repartição de mercados e ações concertadas contra os concorrentes no setor do cloreto de colina.

Com base nessas práticas anti concorrenciais cometidas pelas sociedades-filhas, a Comissão acabou por concluir que a sociedade-mãe, a Azko Nobel, exercia uma influência dominante sobre o governo das sociedades-filhas, de tal forma que, estas não tinham autonomia comercial e financeira. Nesse sentido, a Comissão decidiu pela aplicação de uma coima às sociedades envolvidas de forma conjunta e solidária.

Após essa decisão, as sociedades do grupo Azko Nobel decidiram interpor recurso, com base em três fundamentos. O mais importante teve por base a imputação errada da responsabilidade solidária feita pelo Tribunal de 1.^a Instância. De acordo com as recorrentes a responsabilidade solidária deveria ser avaliada não só através da participação social, mas também avaliar ou fazer prova da *“possibilidade da sociedade-mãe exercer um poder de direcção a ponto de privar a sua filial de toda a sua autonomia na sua linha de acção comercial e, em segundo lugar, do exercício desse poder”*¹⁵⁸. De acordo com as sociedades recorrentes, a prova seria essencial para ilidir a presunção existente no seio da Jurisprudência comunitária, de que a influência dominante exercida

¹⁵⁸ Cfr. Acórdão Azko Nobel vs. Comissão das Comunidades Europeias, Tribunal de Justiça (Terceira Secção), Processo C-97/08 P.

pela sociedade-mãe¹⁵⁹ poderia ser determinada ou presumida no caso de esta deter 100% das suas sociedades-filhas. Neste caso, as recorrentes consideram que foi demonstrado que as sociedades-filhas tinham autonomia comercial.

O Tribunal da primeira Instância decidiu considerar o argumento *supra* descrito como improcedente, concluindo que basta que a “*Comissão prove que a totalidade do capital de uma filial é detida pela sua sociedade-mãe para se concluir que esta exerce uma influência determinante na sua política comercial*”. Neste caso, continuando a sua linha de argumentação, o Tribunal concluiu que a sociedade-mãe “*constitui com as outras recorrentes uma empresa (...) sem ser necessário verificar se tinha exercido influência no comportamento destas*”. Aqui o Tribunal, nas palavras de TERESA BRAVO, “*ficciona a responsabilidade da sociedade-mãe, mediante a construção de uma presunção ilidível de que cabe à sociedade-mãe a determinação do rumo da política comercial da filial*”¹⁶⁰.

Por conseguinte, vêm as recorrentes pedir ao Tribunal de Justiça a anulação do acórdão recorrido que rejeitou o fundamento relativo à errada imputação da responsabilidade solidária, a anulação da decisão impugnada que imputa a responsabilidade da infração à Azko Nobel (sociedade-mãe) e condenar a Comissão na totalidade das despesas. O Tribunal de Justiça ao apreciar o recurso declarou o mesmo admissível.

Aquando da apreciação dos argumentos das partes, o Tribunal de Justiça explicou que não bastava para determinar a responsabilidade solidária, a totalidade de participação social da sociedade-mãe em relação às sociedades-filhas, também se tornava necessário saber se as sociedades-filhas aplicavam as diretrizes emitidas pela sociedade-mãe. Aqui o Tribunal indica que este último elemento poderia ser constituído através de indícios, podendo as sociedades-filhas ilidir essa presunção. Deste modo, o Tribunal de Justiça vem concluir que o “*comportamento de uma filial pode ser imputada à sociedade-mãe, designadamente quando, apesar de ter personalidade jurídica distinta, essa filial não*

¹⁵⁹ Veja-se que, quando falamos em sociedade-mãe estamos a fazer referência a uma sociedade *holding*, uma sociedade que tem por fim controlar outras sociedades, adquirindo participação social dessas. Neste sentido cfr. Ventura, Raúl, *Participações unilaterais de sociedades em sociedades, e sociedades gestoras de participações noutras sociedades*, «Coleção Scientia Iuridica», Livraria Cruz- Braga, 1980, pp. 8.

¹⁶⁰ Cfr. Bravo, Teresa, *A Responsabilidade das Sociedades-mãe e das Filiais em Direito Europeu da Concorrência: Análise Crítica da Jurisprudência Azko Nobel – Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) 10 de Setembro de 2009*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, N.º 4, Outubro-Dezembro 2013, Coimbra Editora, pp.634.

determinar de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplicar no essencial as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe (...) atendendo em particular aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades jurídicas”.

Neste caso, o Tribunal acabou por negar o provimento ao recurso e condenar a Azko Nobel e suas filiais nas despesas, uma vez que sendo admissível a presunção feita identificada pela Comissão de que a influência dominante pode ser presumida pela detenção por parte da sociedade-mãe da totalidade da participação social das sociedades-filhas, essa sociedade-mãe não apresentou elementos de prova suficientes capazes de provar a autonomia comercial das suas filiais.

O Tribunal de Justiça, à semelhança do que já havia criado em outros litígios no contexto de Direito da Concorrência, acaba por defender aqui um modelo inovatório no que concerne à responsabilidade da pessoa coletiva¹⁶¹. Segundo TERESA BRAVO, deixou de “*ser o modelo clássico da responsabilidade individual/culposa para se passar a um modelo de responsabilidade global ou grupal, estruturada em função do comportamento no mercado, de um conjunto de sujeitos que visam um objectivo comum, independentemente do grau de participação no cartel de cada entidade individualmente considerada*”¹⁶².

Os fundamentos da decisão tomada pelo Tribunal de Justiça, já há algum tempo têm estado a ser utilizados na jurisprudência comunitária. Entre muitos, podemos destacar o *Acórdão Stora Kopparbergs Bergslags vs. Comissão das Comunidades Europeias*¹⁶³, que abordou a questão dos indícios relevantes para se chegar à responsabilidade da Sociedade-mãe por via da atuação das sociedades-filhas.

O Tribunal de Justiça no acórdão *supra* mencionado, concluiu que não seria suficiente para excluir a responsabilidade da sociedade-mãe, a conclusão de que as sociedades-filhas

¹⁶¹ Veja-se que na aceção de TERESA BRAVO, o Tribunal de Justiça, tenta defender o mercado comum interno, “*na livre circulação de bens e mercadorias e na manutenção de um level playing field no mercado único europeu*”. Cfr. Bravo, Teresa, *A Responsabilidade das Sociedades-mãe e das Filiais em Direito Europeu da Concorrência: Análise Crítica da Jurisprudência Azko Nobel – Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) 10 de Setembro de 2009*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, N.º 4, Outubro-Dezembro 2013, Coimbra Editora, pp.654.

¹⁶² Cfr. Bravo, Teresa, *A Responsabilidade das Sociedades-mãe e das Filiais em Direito Europeu da Concorrência: Análise Crítica da Jurisprudência Azko Nobel – Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) 10 de Setembro de 2009*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, N.º 4, Outubro-Dezembro 2013, Coimbra Editora, pp.635.

¹⁶³ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de Novembro de 2000, Processo C-286/98 P.

possuíam personalidades distintas. Como tal, teriam que existir provas suficientes que diferenciasssem as sociedades-filhas da sociedade-mãe, em termos comerciais.

Nessa mesma linha de raciocínio o Tribunal acaba por concluir que, na ausência dessa prova de autonomia comercial, seria suficiente presumir o “*controlo*” exercido pela sociedade-mãe às sociedades-filhas, através de indícios ou elementos mínimos. Este raciocínio deriva do facto de que, em regra, a “*sociedade –mãe e a filial não competem entre si, mantendo uma unidade de interesses e prosseguindo no mercado os mesmos fins, sendo, por isso, consideradas uma única entidade*”¹⁶⁴.

Assim, como no caso em apreço, a sociedade-mãe não provou que a sua filial (Kopparfors) exerceu a sua atividade no mercado como uma entidade jurídica autónoma, o Tribunal concordou com a Comissão e concluiu que “*Incumbia a esta, na sua qualidade de sociedade-mãe, adoptar, face às suas filiais, as medidas destinadas a impedir a continuação da infracção cuja existência não ignorava*”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Cfr. Bravo, Teresa, *A Responsabilidade das Sociedades-mãe e das Filiais em Direito Europeu da Concorrência: Análise Crítica da Jurisprudência Azko Nobel – Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) 10 de Setembro de 2009*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, N.º 4, Outubro-Dezembro 2013, Coimbra Editora, pp.650.

¹⁶⁵ Cfr. Ponto 83, *Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de Novembro de 2000*, Processo C-286/98 P.

2. Imputação subjetiva

2.1.A prova do dolo da pessoa jurídica perante o Acórdão n.º 250/2006 do Tribunal Constitucional (relator: Gil Galvão)

Na análise do tema da prova do dolo da pessoa jurídica, enquanto elemento de imputação subjetiva cumpre analisar o Acórdão N.º 250/2006 do Tribunal Constitucional (doravante, TC), uma vez que o mesmo se debruçou sobre o tema.

Tal como foi analisado no Acórdão N.º 423/2004 do TC, também o Acórdão em análise se debruçou sobre a aplicação de coimas a dirigentes partidários por infrações cometidas no âmbito do financiamento e organização dos partidos políticos que integram.

Face à decisão do Acórdão N.º 423/2004, o Ministério Público defendeu que não existiam no caso elementos que pudessem comprovar efetivamente a existência de dolo em relação a certos dirigentes, nomeadamente, no que diz respeito ao dever genérico dos partidos possuírem contabilidade organizada, a não adoção da prática do pagamento de despesas superiores a dois salários mínimos nacionais por cheque ou outro meio de pagamento que permita a identificação do montante e da entidade a que se destina o pagamento.

Contrariamente, explica o Ministério Público, que existem elementos que podem provar a existência de dolo, nomeadamente nos casos em que as infrações não poderiam escapar ao controlo dos titulares dos órgãos. Como exemplo, destacam-se a falta de apresentação de contas, as deficiências na organização e atualização do inventário do património do partido e situações de angariação de fundos ilegais.

Com efeito, vem agora o TC no Acórdão N.º 250/2006 pronunciar-se sobre a aplicação de sanções aos órgãos políticos em virtude do incumprimento das suas obrigações respeitantes ao financiamento. Em causa está a aplicação do artigo N.º 14 da Lei N.º 56/98¹⁶⁶. O artigo em questão refere no seu n.º 1 que *”Sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal a que nos termos gerais de direito haja lugar, os partidos políticos que não cumprirem as obrigações impostas no presente capítulo são punidos com coima mínima no valor de 10 salários mínimos mensais nacionais e máxima no valor*

¹⁶⁶ Note-se que, o artigo 14.º da Lei 56/98 sofreu alterações pela Lei N.º 23/2000.

de 400 salários mínimos mensais nacionais”. As coimas a que se refere o artigo também se podem estender aos dirigentes dos partidos políticos, uma vez que os mesmos exercem funções de direção no partido, funções essas previstas nos estatutos do próprio partido político. Por isso, o N.º 3 do artigo 14.º diz-nos que os “*dirigentes dos partidos políticos que pessoalmente participem na infracção prevista no número anterior são punidos com coima mínima no valor de 5 salários mínimos mensais nacionais e máxima no valor de 200 salários mínimos mensais nacionais*”.

No caso em análise, o TC decidiu em sentido diferente em relação aos quatro partidos políticos. Em relação ao PSN, decidiu pela extinção da responsabilidade contraordenacional uma vez que o partido político se extinguiu. Em relação ao CDS-PP, em virtude da dificuldade de identificação dos dirigentes do partido, o procedimento contraordenacional também foi arquivado.

No que respeita ao PPD/PSD, o TC concordando com a apreciação do Ministério Público, decidiu pela condenação do Secretário geral e do Secretário geral-adjunto, com base nalguns argumentos, entre os quais se destacam: a) o Secretário geral é responsável por submeter à Comissão Política Nacional o orçamento e as contas do partido. Assim como a atualização do inventário dos bens que sejam da propriedade do partido; b) tanto o Secretário geral, como o Secretário geral-adjunto foram responsáveis pela não apresentação de contas e pela entrega de um inventário do património do partido incompleto; c) as suas ações são suficientes para se provar o dolo, dado que os arguidos não adotaram as providências adequadas.

No que concerne ao PS, o TC decidiu pela condenação dos membros da Comissão Nacional de Fiscalização Económica e Financeira do partido político, com base nos seguintes argumentos: a) a Comissão Nacional de Fiscalização Económica e Financeira é o órgão de controlo interno, responsável pela fiscalização das contas, gestão administrativa e financeira do partido e pela atualização do inventário dos bens; b) os membros da Comissão Nacional de Fiscalização Económica e Financeira tinham consciência das suas competências e dos limites máximos para a angariação de fundos. Também aqui as ações dos arguidos se mostram suficientes para a prova do dolo.

Em suma, no que respeita aos partidos PS e PSD a lógica adotada pelo TC é a mesma, na medida em que o conhecimento das obrigações em causa é fundado pelo facto destes dirigentes assumirem uma posição de membros do órgão competente para organizar as contas.

Com efeito, parece-nos relevante o voto vencido de BENJAMIM RODRIGUES, que explica que “*a autoria do facto técnico cabe à pessoa singular ou colectiva a quem a lei comete o dever de levar a cabo os comportamentos ou atitudes técnicas que tendam objectivamente a evitar o resultado socialmente não querido ou, em outro pólo possível, a obter certo resultado relevado socialmente desejado*”.

Continua o autor, ao realçar que “*o dolo, no caso, tem de ser surpreendido a partir da verificação de que o resultado proibido se verificou ou deixou de ocorrer o resultado legalmente querido e de que esse resultado adveio como simples consequência adequada da violação dos deveres técnicos cujo cumprimento a lei atribuiu a certas pessoas por força do próprio cargo que exercem e que estas não podem desconhecer por integrantes do mesmo cargo – os deveres técnicos, porque associados directamente ao próprio cargo pelo legislador, integram o seu conteúdo funcional, nunca podendo o seu desconhecimento ser relevado como negligência*”. Em conclusão, segundo BENJAMIM RODRIGUES, tendo em conta o referido, ficou por demonstrar a efetiva demonstração do poder dos arguidos para além dos poderes que lhes foram conferidos através dos estatutos.

De igual importância se mostrou a declaração de voto vencido de MARIA FERNANDA PALMA, chamando a atenção para o facto de que não existiu prova da capacidade e domínio dos arguidos sob o partido, isto é, não houve prova dos concretos poderes dos arguidos. Sublinha que, mais importante do que se verificar as funções atribuídas pelos próprios estatutos do partido, se mostra a verificação do domínio concreto da organização com base na “*representação do agente sobre a relação entre a sua conduta (omissão) e a violação dos deveres de prestação de contas*”¹⁶⁷.

Assim, MARIA FERNANDA PALMA, aceita uma lógica de dolo “*in re ipsa*”, ou seja, aceita a afirmação do dolo perante a constatação de uma acção ou omissão. Desta forma seguindo esta esteira, podemos afirmar que existe dolo na realização da conduta típica, neste caso, nas irregularidades que se verificaram no âmbito da prestação de contas, quando a organização se conformou com essas mesmas irregularidades e nada fez para as evitar¹⁶⁸. Assim, a prova do dolo da pessoa coletiva e das pessoas singulares

¹⁶⁷ Veja-se que, MARIA FERNANDA PALMA, realça que não deriva automaticamente da responsabilidade da pessoa coletiva a responsabilidade individual dos seus dirigentes. Neste sentido, há que demonstrar que os arguidos representaram a sua participação no facto.

¹⁶⁸ É importante referir que, nestes casos a organização, tendo plenas condições para se organizar decide não cumprir a lei. Porém, não devemos confundir essa questão com a responsabilidade pessoal dos dirigentes que integram essa organização.

mostra-se semelhante, uma vez que em ambos os casos existe uma reconstrução da posição de vontade do agente perante o facto.

Conclusões

Após todo o desenvolvimento deste trabalho podemos concluir que:

- As pessoas coletivas são tuteladas pela Constituição da República Portuguesa através do artigo 12.º, que prevê o princípio da universalidade, isto é, o regime constitucional equipara a pessoa coletiva à pessoa singular nos direitos e de deveres protegidos;
- Com o objetivo de fundamentar a responsabilização jurídico-penal da pessoa coletiva surgiram alguns modelos de legitimação de imputação jurídico-penal, entre os quais destacamos o pensamento analógico, a teoria da materialidade dos lugares inversos e culpa por défice da organização;
- No que diz respeito aos modelos de atribuição de responsabilidade às pessoas coletivas, podemos distinguir três modelos;
- No modelo da heteroresponsabilidade ou de responsabilidade por substituição, a responsabilidade da pessoa coletiva tem como fundamento a comissão do facto típico por parte de um agente funcional que agiu em sua representação, ou seja, em seu nome e no seu interesse;
- No modelo de autorresponsabilidade, o nexo de causalidade entre o facto típico realizado pela pessoa física e a ligação dessa mesma pessoa ao ente jurídico deixa de ter relevância e a responsabilização da pessoa coletiva só é possível através da procura de elementos no próprio ente coletivo, enquanto entidade organizada;
- Como forma de colmatar as insuficiências dos dois modelos indicados anteriormente, surge um modelo de responsabilidade intermédio – o denominado modelo da *vicarious liability*;
- O modelo da *vicarious liability pautada por uma existência de uma ligação* entre o facto coletivo e os contributos individuais, isto é, contributos das pessoas físicas que atuam em nome e no interesse da sociedade.
- Para além de saber os fundamentos da responsabilidade penal da pessoa coletiva, é deveras importante verificar as consequências da integração daquela num grupo de empresas.
- Do elenco das sociedades coligadas do artigo 482.º do CSC, destacamos a relevância das sociedades em relação de grupo e das sociedades em relação de

- domínio, uma vez que neste tipo de relações estabelecem uma relação de grupo de dependência ou de coordenação unitária entre as sociedades intervenientes;
- Nas Sociedades em relação de domínio existe uma dominância/dependência de uma sociedade em relação à outra, ou seja, existe uma dependência entre uma sociedade-mãe e uma ou mais sociedades-filha.
 - O controlo exercido pela sociedade dominada reveste especial importância uma vez que são consideradas grupos de facto, ou seja, a relação que se cria entre a sociedade dependente e a sociedade dominante é estabelecida sem que tal seja tipificado na lei.
 - A essa insuficiência de previsão legal está associada uma deficiência de proteção da sociedade dominada e dos seus credores.
 - A lei, neste tipo de relação, criou certas presunções legais para essa dependência no n.º 2 do artigo 486.º do CSC, mas estas podem ser ilididas por forma a demonstrar que a ingerência na sociedade dominada não se verificou e, como tal, sustentar a inexistência da direção económica e unitária que presumivelmente se tinha criado.
 - A ilisão dessas presunções pode ser feita através de prova inerente às sociedades intervenientes no grupo de empresas, na qual podemos destacar a utilização como prova os estatutos da própria sociedade ou a invocação de acordos parassociais realizados numa determinada matéria permitida no regime societário.
 - Contrariamente, às sociedades em relação de domínio, as sociedades em relação de grupo podem ser classificadas como “grupos de direito”, uma vez que, nestes grupos se cria uma direção unitária que está expressamente prevista no CSC.
 - Nas Sociedades em relação de grupo, a natureza da relação difere do tipo de sociedade em causa.
 - Existem três tipos de sociedade em relação de grupo: a) situações em que foi celebrado um contrato de subordinação; b) situações de domínio total; c) situações em que é celebrado o contrato de grupo paritário.
 - Nas situações em que foi celebrado um contrato de subordinação, como refere expressamente o artigo 493.º do CSC, uma sociedade pode subordinar a gestão da sua própria atividade à direção de uma outra sociedade, que pode ser sua dominante ou não.

- Nas situações de domínio total, como nos referem os artigos 488.º a 491.º do CSC, uma sociedade adquire 90% ou mais da participação social de uma outra. Nestas podemos distinguir a relação de domínio total inicial da relação de domínio total superveniente. A relação de domínio total inicial existe quando uma sociedade cria desde logo uma sociedade anónima sendo, desde o início, a sua única titular. Por oposição, a relação de domínio total superveniente, cria-se quando a sociedade, num momento posterior, torna-se sócia maioritária de uma outra;
- Por fim, as situações de contrato de grupo paritário, são situações particulares em relação às anteriores, uma vez que o contrato é celebrado entre duas ou mais sociedades que não são dependentes nem entre si, nem de outras sociedades;
- Apesar da relação destas se pautar pela ausência de uma dependência de uma sociedade em relação a uma outra, nada impede que estas formem com outras sociedades (não intervenientes no contrato de grupo paritário), relações de influência dominante;
- Ora, como já tivemos oportunidade de mencionar, apesar de permitidas por lei, as relações de grupo e as relações de domínio (especialmente estas últimas), quando supõem uma espécie de ingerência numa sociedades (denominada de sociedade dominada), nem sempre acautelam os interesses de todos os intervenientes.
- A presença de situações desvantajosas no seio da esfera jurídica das sociedades subordinadas ou dominadas, pode desencadear, situações de levantamento ou desconsideração da personalidade coletiva;
- Segundo DIOGO PEREIRA DUARTE, das situações que podem gerar o levantamento ou desconsideração da personalidade coletiva, podemos destacar a confusão de patrimónios, a confusão de esferas, a desconsideração do interesse social da sociedade dominada, entre outros;
- As situações elencadas criam para o exterior a ideia de que, apesar de existirem duas ou mais entidades jurídicas, existe uma só sociedade atuando no mercado económico;
- Quando abordamos o tema da desconsideração da personalidade jurídica, é deveras relevante concluir que, na aceção de TERESA QUINTELA DE BRITO, muitas sociedades dominadas são como “sociedades-espantalho”;

- A qualificação das sociedades dominadas como “sociedades-espantalho” é adequada quando se prova que as entidades subordinadas não têm qualquer autonomia comercial, atuando unicamente segundo as orientações e instruções da sociedade-mãe;
- Quando tal acontece, podemos estar numa situação em que a sociedade dominada se torna num meio para encobrir crimes cometidos pela sociedade-mãe;
- Tal como foi defendido pelo Acórdão Azko Nobel, quando tal se prove e quando a sociedade dominada não dá elementos de prova suficientes para sustentar a sua independência, a nosso ver, poderá fazer-se uso do instituto do levantamento da personalidade coletiva, e responsabilizar a sociedade-mãe pela prática do facto criminoso pela sociedade-filha;
- Para além do estudo destes problemas, torna-se necessário determinar se existe domínio da organização para a praticado facto típico, pois só assim se consegue responsabilizar a pessoa física que atuou como a pessoa física, se tal se justificar, que essa pessoa integra;
- Para tal é importante a satisfação dos critérios formais e critérios materiais de imputação jurídico-penal da pessoa coletiva.
- Nos critérios formais torna-se premente determinar se o agente do crime está no elenco proposto pelo artigo 11.º do CP.
- Nos critérios materiais, teremos que determinar que a pessoa física aferida no critério formal praticou o facto em nome e no interesse da pessoa coletiva e se verificou o pressuposto da culpa;
- O facto terá sempre que refletir os fins da sociedade para poder haver responsabilidade da mesma, uma vez que, um facto pessoal nunca poderá garantir a responsabilização desta, e terá que sempre refletir uma ação ou omissão, dado que o exercício de uma função não é por si só suficiente;
- A demonstração da culpa configura a prova do elemento volitivo da sociedade, enquanto culpa própria e não culpa alheia;
- Finalmente, enquanto elemento de imputação subjetiva, a prova do dolo terá que ser feita.
- Neste tópico demonstra-se relevante a posição de MARIA FERNANDA PALMA, com a qual não podemos deixar de concordar. A autora sublinha que, mais importante do que se verificar as funções atribuídas pelos próprios estatutos do

partido, se mostra a verificação do domínio concreto da organização com base na representação do agente sobre a relação entre a sua conduta (omissão) e a violação dos deveres de prestação de contas.

Bibliografia

Abreu, Coutinho de, *Da empresarialidade (as empresas no Direito)*, Dissertação para Doutoramento em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Livraria Almedina, Coimbra, 1996;

Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da CRP e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a Edição, 2011;

Andrade, Ana Rita M. B. Gomes de, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*, Dissertação orientada pelo Prof. Doutor Pedro Pais de Vasconcelos, Mestrado em Direito, Ciências Jurídicas- Direito das Sociedades, 2008;

Antunes, José Engrácia Antunes,

- *Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Modelo Paradoxo Regulatório*, Revista Direito GV, v.1, n. 2, Junho-Dezembro, 2005

- *Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2.^a Edição, Revista e actualizada, Almedina, 2002

Antunes, Maria João, *A Responsabilidade Criminal das Pessoas Coletivas, Entre o Direito Penal Tradicional e o Novo Direito Penal*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra Editora, 2009

Beleza, José Manuel Merêa Pizarro, *Notas sobre o Direito Penal Especial das Sociedades Comerciais*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. II, Problemas Especiais, Coimbra Editora, 1999 ;

Brandão, Nuno, *O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal*, Revista do CEJ, N.º8 (Especial), Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, 1.º Semestre, 2008;

Bravo, Jorge dos Reis,

- *Critérios de Imputação Jurídico-Penal de Entes Colectivos (Elementos para uma Dogmática Alternativa da Responsabilidade Penal de Entes Colectivos)*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 13, Fascículo 2.º, Abril-Junho, 2003;

- *Direito Penal de entes Colectivos, Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, Novembro, 2008;

Bravo, Teresa, “*Responsabilidade das sociedades-mães e das filiais em Direito Europeu da Concorrência: Análise crítica da Jurisprudência Azko Nobel*”, RPCC n.º 23, 2013;

Brito, Teresa Quintela de,

- *Domínio da Organização para a Execução do Facto: Responsabilidade Penal de Entes Colectivos, dos seus Dirigentes e “Actuação em Lugar de Outrem”*, Volume I, Dissertação de Doutoramento em Direito orientada pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma, 2012, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito;

- *Crime Omissivo e Novas Representações da Responsabilidade Social*, Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia Almedina, 2009

Cordeiro, António Menezes, *Direito das Sociedades I - Parte Geral*, Reimpressão da 3.ª Edição - Ampliada e atualizada de 2011, Almedina, 2016;

Cordobera, Lúcia M^a Rosa Garrido, *La Responsabilidad Grupal o Colectiva*, in Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tercera Época, 2012, Número 3, Julio-Septiembre, Editorial REUS;

Costa, José de Faria,

- *O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*, in Direito Penal Económico Europeu: Textos Doutrinários, Vol. III, Coimbra Editora, 2009;

- *A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, 4.º, Outubro-Dezembro 1992, Aequitas Editora

Cunha, Paulo Olavo, *Lições de Direito Comercial*, Almedina, Dezembro, 2010

Dias, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra Editora, 2008;

Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição, Janeiro 2011 (Reimpressão), Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer

Díez, Carlos Gómez-Jara,

- *A responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Teoria do Crime para Pessoas Jurídicas, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2015;

- *La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A proposito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014*;

- *Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?* , Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel, *Política criminal*, vol. 5, N.º 10 , Diciembre 2010

Duarte, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária, Mestrado em Ciências Jurídicas, 2004, Faculdade de Direito de Lisboa;

Ferreira, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, I, Lisboa, 1987, Verbo;

Furtado, Jorge Henrique da Cruz Pinto, *Curso de Direito das Sociedades*, 4.ª edição, Almedina, Fevereiro, 2001;

Garin, Duarte/Ferreira, Francisco da Cunha, *O Âmbito de aplicação temporal do artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais: Cessação da Responsabilidade com a extinção da relação de grupo?*, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*;

Gonçalves, M. Maia, *Código Penal Português, Anotado e Comentado, Legislação Complementar*, 15.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2002;

Marcelo, Paulo Lopes, *A Blindagem da Empresa Plurissocietária*, Almedina, 2002

Matta, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do Código Penal e a Responsabilidade dos “Quadros” das “Instituições”*, Coimbra Editora, 2001;

Oliveira, Ana Paz Ferreira Perestrelo de,

- *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais (DLA)*, Coordenação Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Almeida, Março, 2009;

- *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Por um critério Unitário de Solução do «Conflito do Grupo»*, Tese de Doutoramento em Direito, Ciências Jurídicas, Direito Comercial, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2010

Pascoal, Ana Filipa, *A Análise da Culpa na Responsabilidade Penal dos Entes Coletivos*, Dissertação elaborada no âmbito do 2.º ciclo de Estudos Mestrado Forense, Orientação: Professor Doutor Germano Marques da Silva, Lisboa, Maio de 2013;

Ripollés, José Luis Díez, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero de 2012, in www.indret.com ;

Rocha, Manuel António Lopes, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Novas Perspectivas*, in *Ciclo de Estudos de Direito Económico*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1985;

Silva, Germano Marques da

-*Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas, Alterações ao Código Penal Introduzidas pela Lei N.º 59/2007, de 4 de Setembro*, Revista do CEJ, N.º 8 (Especial), Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, 1.º Semestre, 2008;

Responsabilidade Penal das sociedades e dos seus Administradores e Representantes, Editorial Verbo, 2009;

- *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 Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2009

Silva, Isabel Marques da, *Responsabilidade Fiscal Penal Cumulativa das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2000;

Serra, Teresa, *Establishing a Basis for Criminal Responsibility of Collective Entities, in Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, International Colloquium, Berlin, May 4-6, 1998, Edition iuscrim;

Sousa, Susana Aires de, *Direito Penal das Sociedades Comercias. Qual o bem jurídico?*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra Editora, 2009.

Torrão, Fernando,

- “*Societas delinquere potest*” ?, *Da Responsabilidade Individual e Colectiva nos “Crimes de Empresa”*, Almedina, 2010;

- *Crimes Ambientais e Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: O Caso Português*, Lusíada. Direito. Porto N.ºs 1 e 2 (2010);

Varela, Antunes / **Lima**, Pires de, *Código Civil Anotado, Volume I (artigos 1.º a 761.º)*, 4ª Edição Revista e Actualizada, Reimpressão, Com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Wolkers Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Abril 2010;

Vasconcelos, Pedro Pais de, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.ª Edição, Setembro de 2006, Almedina.

Ventura, Raúl, *Participações unilaterais de sociedades em sociedades, e sociedades gestoras de participações noutras sociedades*, «Colecção Scientia Iuridica», Livraria Cruz- Braga, 1980;

Jurisprudência

- Acórdão N.º 539/97 do Tribunal Constitucional, Conselheiro Monteiro Dinis, Processo N.º 695/96, 1.ª secção;

- Acórdão N.º 250/2006 do Tribunal Constitucional;

- Acórdão Azko Nobel vs. Comissão das Comunidades Europeias, Tribunal de Justiça (Terceira Secção), Processo C-97/08 P;

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2018 (Graça Amaral) , 6.ª Secção, Processo N.º 446/11.9TYLSB.L1.S1.;

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 12 de Junho de 2012, do Relator João Amaro, Processo 170/08.0TAVVC.E1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de Outubro de 2011 (Relator Manuel Marques);

- Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de Novembro de 2000, Processo C-286/98 P;

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Abril de 2013, Processo N.º 496/11.5IDLSB.L1-3 do Relator Jorge Raposo.