

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA



**A (IR)RESPONSABILIDADE PENAL DOS GESTORES PELA
PARTICIPAÇÃO EM ÓRGÃOS COLEGIAIS**

Dissertação de Mestrado Forense
Sob a Orientação do Senhor Professor Germano Marques da Silva

Raquel Lourenço Vieito

Maio de 2016

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA



A (IR)RESPONSABILIDADE PENAL DOS GESTORES PELA
PARTICIPAÇÃO EM ÓRGÃOS COLEGIAIS

Dissertação de Mestrado Forense

Sob a Orientação do Senhor Professor Germano Marques da Silva

Raquel Lourenço Vieito

Mai de 2016

ABREVIATURAS E SIGLAS

I) LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
RGIT	Regime Geral das Infrações Tributárias
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto

II) OUTRAS

A.,AA.	Autor,Autores
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
<i>Apud</i>	Citação indireta, citado por
Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
Cf.	Conferir
Cfr.	Confrontar
Coord.	Coordenador
Dl.	Decreto-lei
Ed.	Edição
<i>Idem</i>	Do mesmo modo
<i>ibidem</i>	Na obra anteriormente citada
<i>ipsi verbis</i>	Pelas mesmas palavras
N.º	Número

<i>Ob.cit.</i>	Obra citada
P.,PP.	Página, Páginas
Proc.	Processo
ss.	Seguintes
v.g.	<i>verbi gratia</i> , por exemplo
Vol.	Volume
<i>Vide</i>	Consultar

Àqueles que, paciente e constantemente, me apoiam.

Ao Senhor Professor Germano Marques da Silva, pela orientação.

ÍNDICE

ABREVIATURAS E SIGLAS	2
INTRODUÇÃO	7
I. A RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DO ÓRGÃO DE ADMINISTRAÇÃO	8
1.1. Da <i>Delinquência económica</i> : Breves notas.....	8
1.2. Da (ir)responsabilidade por facto alheio	9
II. ÓRGÃO COLEGIAL, RESPONSABILIDADE COLEGIAL?	12
1.1. Do Crime Colegial	12
1.1.1. Críticas.....	13
2.1. Teoria da associação criminal	13
2.1.1. Críticas.....	14
3.1. Teoria da Comparticipação e o Princípio da Culpa	14
III. DO DEVER DE GARANTE DO GESTOR	15
1.1. Considerações gerais	15
2.1. Tipo objetivo	17
2.1.1 Crimes omissivos próprios e impróprios	17
2.1.2. Fundamento do dever jurídico do gestor	19
2.1.2.1. Do “domínio da organização”	19
2.1.2.2. Apreciação crítica	22
2.1.3. Possibilidade fática de atuação e imputação objetiva.....	25
3.1. Tipo de ilícito subjetivo	27
4.1. Culpa	28
IV. ANÁLISE DA DINÂMICA COMPORTAMENTAL DOS GESTORES NO SEIO DE UMA DELIBERAÇÃO	29
1.1. Dos votos “a favor”	29
1.1.1. Resultados <i>sobrecondicionados</i>	29
1.1.2. Do Princípio da confiança	31
2.1. Dos votos “contra”	33
2.1.2. (Ir)responsabilidade por participação no quórum necessário e (im)punibilidade dos atos preparatórios	34
2.1.3. Após a formação da maioria necessária	35
2.1.4. Da “ação adequada”	36
3.1. Gestores ausentes	40

3.1.1. Da ausência culposa	40
4.1. Da abstenção	43
V. “CENTRO DE EXECUÇÃO” vs “CENTRO DE DECISÃO”	43
1.1. Da decisão enquanto facto constitutivo do crime	43
1.2. Da decisão enquanto ato prévio	44
1.2.1. Autoria Mediata.....	46
1.2.2. Instigação.....	47
1.2.3. Coautoria	48
1.3. Começo da tentativa.....	50
CONCLUSÕES.....	52
BIBLIOGRAFIA.....	54

INTRODUÇÃO

O tema que nos propomos a analisar recai sobre a responsabilidade individual dos gestores que integram o órgão colegial das sociedades comerciais, incidindo essencialmente sob as de maior dimensão.

A relevância que as matérias tratadas pelo Direito Penal Económico tem vindo a ganhar ao longo dos últimos anos tem permitido formar uma progressiva consciência social de censura perante crimes alvos de maior condescendência e passividade. Porém, quando estes são praticados sob as vestes de um ente jurídico abstrato, como é a pessoa coletiva, a correta perceção de quem é o agente material do crime apresenta-se dúbia face à multiplicidade de agentes que integra uma sociedade comercial.

Se esta tarefa surge simplificada quando o centro de decisão está representado por um órgão unipessoal, cuja vontade, ao concorrer unicamente numa pessoa física, é facilmente identificável, quando emane de um órgão colegial, a questão não surge tão linear quanto necessária, pois, ao ser composto por uma pluralidade de membros, é comum se assistir à dissociação entre a vontade individual de um agente e aquela que representa a maioria. Isto pode provocar, desde logo, duas aberrantes conclusões: Por um lado, que o agente individual ao estar inserido num órgão colegial cuja maioria praticou um crime ou se propõe a fazê-lo, seja “arrastado” pelos demais, por assumir a mesma qualidade dos restantes membros ou, em sentido inverso, pode beneficiar do facto de as decisões serem aprovadas geralmente por maioria e ver *intencionalmente* a sua responsabilidade penal afastada.

Procuraremos assim, no decurso do presente trabalho, perceber se o Ordenamento Jurídico possui as ferramentas necessárias para a fixação da responsabilidade dos gestores quando inseridos em órgãos colegiais. Para tal, analisaremos as questões que nos parecem mais controversas, desde logo, aquela que se nos afigura ser o epicentro do nosso estudo, o dever de garante daquele que assume a qualidade de gestor de uma sociedade. De seguida, estaremos aptos a compreender de que modo é que a dinâmica que se assiste nas deliberações e o sentido de voto manifestado pelo(s) gestor(es) pode delimitar a sua responsabilidade e por último, perceber o motivo de se responsabilizar um agente que não participa na execução do crime.

Ao longo da nossa exposição, seguimos o termo "Gestores" de modo a abranger as diferentes denominações espalhadas no Código das Sociedades Comerciais que atendem ao tipo de sociedade – administradores e gerentes – num único conceito genérico.

I. A RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DO ÓRGÃO DE ADMINISTRAÇÃO

§ 1.1. Da *Delinquência económica*: Breves notas

A relevância que a jurisprudência e sobretudo a doutrina, tanto nacional como estrangeira, têm oferecido à *delinquência* ou *criminalidade económica*¹, constituindo hoje objeto de relevo do Direito penal moderno, leva-nos a repensar e levantar uma série de questões, *aparentemente* desprotegidas pelo Direito penal clássico.

Quando falamos em delinquência económica, nomeadamente aquela que se projeta a através da empresa, visamos compreender, em termos sumários, aqueles crimes de natureza societária cujo bem jurídico específico consiste, *prima facie*, nos interesses económicos do Estado que, por sua vez, traduzem a proteção que é conferida a determinados bens e valores fundamentais supra-individuais, tais como a proteção de um dado modelo macro económico. É sobretudo devido à frequência e facilidade para se cometerem delitos no âmbito societário, principalmente no seio das grandes sociedades, que se tem vindo ao longo das últimas décadas a alterar a legislação relativa à responsabilidade das pessoas físicas e, embora com alguma resistência, princípios outrora irrevogáveis, *v.g.*, a abolição do princípio *societas delinquere non potest*².

O que até então simbolizou um grande passo para a evolução do Direito penal económico, hoje percebemos a sua insuficiência, pois, continuamente nos deparamos com situações que traduzem o facto de a empresa permanecer um centro gerador ou

¹ Sobre esta matéria e distinções, veja-se, entre outros, COSTA, José Faria, *La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridade en las personas colectivas a la luz del Derecho penal)* in Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Barcelona, 1995, p. 430. e ainda CONDE, Francisco Muñoz, *Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma* in Hacia un derecho penal económico europeo/ Jornadas en honor del professor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 1995, p. 265.

² Conforme resulta do art. 7.º do RGIT e 11.º do CP.

potenciador da prática, pelas pessoas que a integram, de factos penalmente ilícitos e de grave impacto no tecido económico-social.

Ao contrário dos crimes estudados pelo Direito Penal clássico, a tarefa de dirigir corretamente a ameaça penal ao seu efetivo destinatário encontra-se, a mais das vezes, frustrada devido à própria natureza e organização das pessoas coletivas, sobretudo quando representadas por órgãos colegiais e se assista a uma cisão entre os centros de decisão e de execução uma vez que dificulta quer a concreta perceção de quem é o culpado e de *como* ou *quando* cometeu o crime quer a prova para a sua imputação. Esta problemática pode implicar a substituição da análise da efetiva contribuição individual para o fato lesivo pela mera verificação de quem assume as funções de representação, *i.e.*, os administradores, o que acarreta a quebra da função preventiva da pena uma vez que os efetivos autores do ilícito penal verão a sua responsabilidade afastada.

Assim, a par das razões dogmáticas, as funções de prevenção e de justiça material que o direito penal prossegue exigem a correta identificação daqueles agentes que, agindo funcionalmente³ sob as vestes da pessoa coletiva e em seu nome e representação⁴, prossigam determinados crimes, sob pena da organização da responsabilidade se converta numa “*organizada irresponsabilidade*”⁵.

§ 1.2. Da (ir)responsabilidade por facto alheio

Como assinala SILVA SÁNCHEZ⁶, a alusão a uma suposta vontade coletiva esconde o que na realidade é a manifestação de uma soma de vontades, protagonizada por pessoas físicas individuais que estabelecem os fins da pessoa coletiva e que materialmente a controlam.

³ Neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Editorial Verbo, 2009, p. 261.

⁴ Tal como ficou expresso no Projeto do Código Penal apresentado por EDUARDO CORREIA, “*Isto (responsabilidade das pessoas colectivas) não significa porém que não se punam os indivíduos que, enquanto membros de uma pessoa colectiva, pratiquem um crime*”. Cfr. Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, Volume I, AAFDL, Lisboa, p. 110.

⁵ SCHUNEMANN, Bernd, *Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas* in Temas actuales y permanentes del Derecho penal despues del milénio, Editorial Tecnos, Colección Ciencias jurídicas, 2002, pp. 102.

⁶ SÁNCHEZ, Jesus María Silva, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, in Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, (coords. B. Schunemann e J. de Figueiredo Dias), J.M Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995, p. 365.

Neste sentido, quer o artigo 6.º do Regime Geral das Infrações Tributárias quer o artigo 12.º do Código Penal regulam a responsabilidade penal de “*quem agir voluntariamente como titular de um órgão, membro ou representante de uma pessoa colectiva, sociedade*” quando atuam, portanto, funcionalmente no âmbito daquela.

São várias as questões que estes artigos levantam, desde o conceito de administrador e representante, de direito ou de facto à respetiva imputação dos atos e omissões àqueles agentes. Porém, iremos ultrapassá-las brevemente e centrar-nos-emos na delimitação das pessoas físicas que efetivamente atuam na qualidade de membros do órgão de administração da sociedade e em que termos podem ou *devem* responder a título individual.

Embora estes preceitos não traduzam especial novidade quando aqueles membros, ainda que em representação de outrem, preencham *per si* os elementos integrantes de determinado ilícito penal, pois, através do artigo 26º do Código Penal já seriam punidos, permitem ultrapassar os obstáculos formais que, por exemplo, a maioria dos crimes fiscais levantam, *v.g.*, a Fraude ou Abuso de Confiança Fiscal, previstos respetivamente nos artigos 103.º e 105.º do Regime Geral das Infrações Tributárias. Tratando-se de crimes específicos, cujas normas jurídicas estão dirigidas às pessoas coletivas que os membros dos órgãos representam, o elemento da qualificação a que se refere o tipo de ilícito previsto nestes preceitos concorre unicamente nas sociedades representadas e falta nas pessoas físicas que atuam para e no âmbito daquelas. Este comportamento ao não poder ser subsumido ao tipo, levaria a uma solução contrária à função politico-criminal do Direito penal, pois, do ponto de vista do ilícito material que efetivamente teve lugar, aquele comportamento não seria punível.

Neste sentido, alguma doutrina⁷ defende que os titulares dos órgãos não são responsáveis pelos fatos ilícitos praticados uma vez que atuam em representação da sociedade e emanam formalmente do órgão que, por sua vez, a sociedade absorve. Contudo, esta consideração não é de aceitar. Tal como ilustra GERMANO

⁷ Entre outros, *Vide* CARVALHO, António Crespo Simões de, *apud* SILVA, Isabel Marques da, *Responsabilidade fiscal penal cumulativa das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2000, p. 154. Segundo este Autor, os titulares dos órgãos “puseram de parte a sua personalidade própria e não foram mais do que instrumentos da vontade corporativa”. Parece ainda ser este o sentido do artigo 7.º, n.º 2 do DL 433/92 de 27 de Outubro, ao prever a Responsabilidade das pessoas coletivas pelas contraordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções.

MARQUES DA SILVA⁸, estas conclusões levariam a que atribuíssemos consequências puramente formais à ideia de organização, descurando, por conseguinte, a realidade que subjaz à própria sociedade. Por outro lado, o facto de estes agentes agirem enquanto membros de um órgão integrante da sociedade e a vontade resultante dessa ação ser imputada aquela, não impede que permaneçamos perante manifestações de vontade que, embora se revelem sob as vestes de um ente maior, a pessoa coletiva, são sobretudo individuais. Em suma, parafraseando PAULO SARAGOÇA DA MATTA⁹, “*a responsabilidade daquele que actua em nome de outrem não implica nunca responsabilidade por facto alheio, pela tão simples razão de que emerge, por definição, de um facto próprio.*”

Compreende-se, assim, como já tinha vindo a ser defendido pela Jurisprudência¹⁰, a *ratio* e a relevância da previsão de uma cláusula extensiva da qualidade de autoria que, obedecendo os princípios inerentes ao Direito penal, como o Princípio da legalidade e da culpabilidade, possibilita descobrir quem tem o “*real domínio e controlo*”¹¹ da empresa, ainda que, sublinhe-se, as qualidades pessoais exigidas pelo tipo se verifiquem apenas na pessoa coletiva¹².

Importa, por fim, alertar que embora o artigo 12.º do Código Penal e demais regimes especiais que regulam a responsabilidade por conta de outrem, se refiram a “órgão”, “representante”, “membro” ou “titular” trata-se, fundamentalmente, de se alcançar a(s) pessoa(s) física(s) que atuou nessa qualidade uma vez que é esta que

⁸ Cfr. SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, pp. 287 ss.

⁹ MATTA, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do código penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, Coimbra Editora, 2001, p. 46.

¹⁰ De notar que encontramos jurisprudência, principalmente espanhola que, ainda antes do Artigo 15.º do Código Penal, equivalente ao nosso art. 12.º, já tinha vindo a defender esta solução. Cf., entre outras, Sentença de 4 de Outubro de 1972 e 31 de Janeiro de 1973, tratadas em ESCAMILLA, Avelina Alonso de, *Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades*, Tecnos, Colección Jurisprudencia práctica, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 39, segundo a qual “*Por detrás de cada decisão social há uma ou mais pessoas físicas responsáveis, que são as que, em nome daquela tomam e cumprem as decisões*”.

¹¹ A propósito do artigo 15.º do CP Espanhol, semelhante ao artigo 12.º do CP Português, Vide MARTIN, Luis Garcia, *La responsabilidad penal del directivo, organo y representante de la empresa en el derecho penal español* in *Hacia un derecho penal económico europeo/ Jornadas en honor del professor Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid, 1995, p. 85.

¹² Cumpre-se, assim, o pretendido por EDUARDO CORREIA, o Autor do Projecto do CP (art. 9.º), ou seja, evitar futuras e eventuais lacunas de punibilidade quando se estivesse perante crimes próprios, incluindo-se o representante no círculo de autores idóneos do crime. Cfr. Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, Volume I, AAFDL, Lisboa, p. 110.

controla e detém o “*monopólio decisório*”¹³. Referimo-nos, por outras palavras, aos agentes que integram os órgãos com poderes de administração, gestão e representação da sociedade: a gerência nas sociedades com responsabilidade limitada, em nome coletivo e sociedades em comandita e o conselho de administração nas sociedades anónimas e civis, uma vez que são estes órgãos e respetivos membros que a representam e a vinculam externamente¹⁴.

II. ÓRGÃO COLEGIAL, RESPONSABILIDADE COLEGIAL?

Traduzindo-se a vontade do órgão colegial no resultado de uma deliberação, cumpre ora analisar se face a uma decisão *in concreto*, quer esta seja constitutiva de um crime, quer careça de posterior execução, responderão criminalmente todos os gestores que compõem o órgão e, em caso afirmativo, em que medida ou, se pelo contrário, algum ou alguns poderão ser excluídos de responsabilidade penal.

§ 1.1. Do Crime Colegial

Tendo em vista a responsabilidade penal dos membros dos órgãos colegiais no âmbito da sua participação em decisões ilícitas, após a entrada em vigor do Código Civil italiano de 1882, que afastava a responsabilidade dos gestores que, no âmbito de uma deliberação, tenham feito constar das atas das sessões a sua oposição àquela e devido sobretudo à dificuldade de prova que representa a individualização da responsabilidade dos gestores, RENDE¹⁵ veio formular uma categoria autónoma de crimes denominada de “*reato collegiale*” (“*delitos colegiais*”).

Segundo este Autor, assumiriam a qualidade de autores deste tipo de crimes, não os agentes que se reunissem com o propósito específico de prosseguir ilícitos penais, mas sim aqueles que, constituídos por lei ou por contrato e pertencentes a um órgão de uma pessoa coletiva, pública ou privada, cometessem um ou mais crimes no exercício das suas funções. De acordo com esta posição, todos os membros do Conselho da Administração que contribuíssem para a composição da deliberação seriam

¹³ Neste sentido, GARRETA, José Maria Such, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, p.38.

¹⁴ Tal como decorre respectivamente dos arts.252.º, n.º1, 260.º,261.º,192.º, n.º1, 470.º 405.º, 408.º e 409.º, n.º1, todos do CSC e arts.163.º e 985.º do CC.

¹⁵ *Apud* CÉPEDA, Ana Isabel Pérez, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1997, pp. 283 e ss.

responsabilizados de igual modo em coautoria. RENDE procurou, deste modo, seguir os mesmos termos aplicáveis à responsabilidade tributária, semelhantes aos que hoje conhecemos. Em suma, todos os membros do órgão seriam solidariamente responsáveis pelo crime praticado exceto quando desconhecessem a ilicitude do resultado da deliberação, se opusessem expressamente a esta ou fizessem o possível para impedir a sua execução¹⁶.

§ 1.1.1. Criticas

Esta construção teve, de imediato, uma forte oposição tanto da própria doutrina italiana como a nível internacional¹⁷, pois, para além de não constituir qualquer elemento típico de um crime o facto de ter sido praticado por vários sujeitos pertencentes a um órgão colegial, colide frontalmente e em termos absolutos com o princípio da culpabilidade que exige a delimitação da responsabilidade de cada um dos membros que integram o órgão.

Em síntese, esta tese implicaria, essencialmente, imputar a responsabilidade pela prática de determinado crime a um conjunto de sujeitos, substituindo-se, para tal, a averiguação da sua culpa ou a sua participação efetiva ao mero facto de pertencerem a um órgão de administração de uma sociedade.

§ 2.1. Teoria da associação criminal

Por seu turno, ANTOLISEI¹⁸ formulou a denominada teoria da “*associação criminal*”. Em traços gerais, este Autor considerava tratar-se de um fenómeno unitário de índole associativo quando a prática de determinado crime envolvesse a participação de vários sujeitos, como seria o caso dos crimes praticados no seio de um órgão colegial. Porém, e ao contrário do que resulta da tese apresentada anteriormente, este Autor não prescindia totalmente do contributo individual dos vários sujeitos envolvidos, uma vez que apenas julgava responsáveis pela prática do ilícito penal aqueles que através de uma ação ou omissão contribuíssem, ainda que de forma pouco significativa, para a concretização do crime.

¹⁶ *Idem., ibidem.*

¹⁷ Entre outros, ver ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale, legge complementari, vol. I, Reati societari e bancari*, Dott. A. Giuffrè Editore, mvlta pavcis, Ag milano, 1993, p. 75, MÉNDEZ, Iván Fabio Meini, *La intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad y responsabilidad penal* in Ensayos de Derecho penal, Lima, 2009, p. 294 e GENNAI, SARA, TRAVERSI, ALESSANDRO, “I delitti tributari: Profili sostanziali e processual”, Seconda edizione, Giuffrè Editore, p. 24.

¹⁸ Cfr. ANTOLISEI, *ob.cit.*, p. 75.

§ 2.1.1. Criticas

A teoria ora tratada, ao contrário da anterior, embora respeite o princípio da responsabilidade individual que deve reger o Direito Penal, não individualiza *in concreto* essa mesma responsabilidade, pois, para este Autor é suficiente que se verifique, para se imputar determinado fato ilícito a um agente, uma mera contribuição. O conceito unitário de Autor levaria à ampliação dessa responsabilidade¹⁹ uma vez que engloba todos os membros que tenham contribuído, de alguma forma, para a prática do crime, não discriminando o seu grau de participação nem a sua culpa.

§ 3.1. Teoria da Comparticipação e o Princípio da Culpa

Em sede tributária, a regra é a da responsabilidade solidária entre os todos os membros pertencentes ao órgão de administração, presumindo-se a sua culpa, tal como decorre do artigo 73.º e com as devidas exceções previstas no artigo 72.º, ambos do Código da Sociedades Comerciais.

Porém, a responsabilidade solidária dificilmente poderá ser transposta para o Direito Penal, atendendo por um lado aos princípios que o regem e por outro, à inexistência de uma figura de ilícito penal com estas características. Tal como já vinha a ser defendido na década de 70 e 80 por BALESTRINO²⁰ e CRESPI²¹, a deliberação considerada enquanto unidade para efeitos de imputação da responsabilidade apenas pode ser tida em conta para a efetividade da responsabilidade civil ou tributária, mas nunca poderá derogar o princípio da culpa constitucionalmente protegido.

Desde logo, o princípio da culpa, enquanto princípio conformador do Direito penal num Estado de Direito que tem como núcleo primordial e constitucionalmente protegido a Dignidade da Pessoa Humana, impede que se admita a atribuição de uma pena descurando a culpa do agente a quem esta se destina, pois, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS²², a culpa constitui “*o seu pressuposto necessário e o seu limite*

¹⁹ Cfr. CÉPEDA, Ana Isabel Pérez, *ob.cit.*, p. 288 .

²⁰ Cfr. BALESTRINO, Ubaldo Giuliani, *I problemi generali dei reati societari*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978, p. 133.

²¹ Cfr. CRESPI, Alberto, *Le ripercussioni sulla attività economica degli interventi del giudice penale in Rivista delle società*, Anno 26, Gennaio-Aprile, 1981, p. 139.

²² Vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I: Questões fundamentais. A doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, p.82. Ainda, como é defendido pelo

inultrapassável”. Daqui resulta, sem necessidade de maiores desenvolvimentos, que não se pode imputar a ninguém o resultado de um evento ilícito sem que se prove que o agente atuou com culpa, quer esta assuma a forma dolosa quer negligente²³.

Neste sentido, quando estamos perante um crime cometido por uma pluralidade de agentes é necessário indagar acerca dos papéis que cada um assumiu na prossecução do *iter criminis*, recorrendo, para tal, às regras gerais previstas no Código Penal quanto à comparticipação de uma pluralidade de agentes.

Em síntese, é hoje inegável que a responsabilidade penal, devido ao seu carácter pessoal, apenas pode subsistir perante aquele sujeito que, com a sua conduta ativa ou omissiva, tenha contribuído para a realização do facto delituoso e quando tenha agido com a culpa exigida pelo tipo, *i.e.*, apenas podem responder criminalmente pelo seu efetivo comportamento. Isto leva-nos a concluir, desde logo, que nem todos os que fazem parte de um determinado órgão colegial, só pelo facto de a este pertencerem, devam responder, sob pena de admitirmos a imputação da responsabilidade por um fato alheio, como se encontra subjacente às teses *supra* expostas. A responsabilidade é, assim, sempre individual, ainda que o crime seja praticado por um conjunto de pessoas, nomeadamente no seio de um órgão de composição plural.

III. DO DEVER DE GARANTE DO GESTOR

§ 1.1. Considerações gerais

Resulta dos artigos 11.º do Código Penal e 7.º do Regime Geral das Infrações Tributárias que as pessoas coletivas são responsáveis pelas infrações cometidas pelos seus órgãos. Tratando-se de um órgão colegial e após se determinar de que modo foi formada a vontade da sociedade em conformidade com os seus estatutos e em cumprimento da lei, é com base nessa vontade coletiva que se irá traduzir a vontade do órgão e, conseqüentemente, a “culpa” da sociedade. O mesmo entendimento não se aplica àqueles membros que o integram: para serem responsabilizados tem de se

Jurisprudência, ver, entre outros, Ac. da 1ª Secção do TC n.º 432/02, Proc. n.º 326/02: “*Há-de ser, por isso, um direito penal ancorado na dignidade da pessoa humana, que tenha a culpa como fundamento e limite da pena, pois não é admissível pena sem culpa, nem em medida tal que exceda a da culpa.*”

²³ Ainda, em estreita relação com o princípio da inocência, parafraseando o Ac. da 1ª Secção do TC n.º 519/2008, Proc. n.º 758/08: “*O princípio da presunção da inocência imporá a absolvição, já que, sendo a condenação penal e a pena um castigo destinado a resgatar a culpa e a ressocializar o delinquente, é inaceitável que seja condenado sem que haja a certeza moral da culpabilidade a redimir.*”

determinar a relevância e culpabilidade da sua conduta em concreto e não a que resulta da vontade coletiva necessária para se responsabilizar a sociedade.

Se assim é e tendo sido por nós rejeitada a teoria dos crimes colegiais, cumpre delimitar a responsabilidade individual de cada gestor com recurso à análise dos diversos comportamentos que se podem eventualmente assistir no seio de uma deliberação com vista à adoção de uma decisão ilícita.

Avançamos, desde já que, se o comportamento ativo do gestor, traduzido num voto a favor da decisão ilícita revela, *aparentemente*, suficiente vontade em se praticar um crime, as demais condutas poderão levantar sérias dúvidas quanto à delimitação dos verdadeiros titulares do ilícito penal, pelo que impera, antes de mais, tratar de uma questão prévia mas essencial à prossecução do nosso estudo, cuja solução irá condicionar o «*se*» e «*como*» aqueles serão responsabilizados: Está o gestor investido de um dever de garante em impedir a produção de um evento ilícito resultante daquela decisão? Apenas uma resposta conclusiva nos irá permitir perceber se determinados membros do órgão colegial serão responsabilizados por omissão por concorrer neles uma verdadeira obrigação de impedir o resultado que se venha a produzir, ainda que, sublinhe-se, não tenha sido por eles provocado.

Os crimes por omissão em geral e as suas fontes ou fundamentos acarretam uma série de questões fortemente debatidas pela doutrina penal clássica que, embora de assumida relevância, não nos cumpre aqui desenvolver devido à economia do nosso trabalho. Porém, impõe-se abordar aquelas que revestem especial pertinência para o que ora nos ocupa, pois delas depende a efetiva responsabilidade do gestor.

Em primeiro lugar, cumpre notar que quer a responsabilidade por ação quer por omissão visam a salvaguarda de determinados bens jurídicos que o legislador pretendeu proteger através da previsão de normas legais que impõem ou proíbem condutas que os possam ameaçar. Porém, se por um lado, com a punição dos crimes por omissão, visa-se desincentivar a inibição de determinadas condutas que impelem sobre o agente, cumprindo-se assim a função preventiva característica do Direito penal, tem de se ter em atenção que não se pode afirmar, sem mais, a obrigatoriedade de ação em todos os casos, uma vez que uma punição demasiado alargada conduzirá, através da imposição de um determinado *facere*, a uma invasão da liberdade e da

esfera jurídica dos sujeitos, a qual poderá não se ter como justificada *in concreto*²⁴. Daqui resulta, desde logo, que não se pode assumir que todos os gestores estão incumbidos de impedir a produção de qualquer resultado ilícito, tendo de existir uma norma ou um critério que a isso obrigue, ou seja, que lhes imponha diretamente, face a determinada situação, um “*dever de ação*”²⁵ e que nos permita concluir que aquele que omitiu determinada conduta que possibilitou ou não impediu a produção de um evento ilícito, deverá ser punido nos mesmos termos que aquele que a produziu.

§ 2.1. Tipo objetivo

§ 2.1.1 Crimes omissivos próprios e impróprios

Nos crimes por omissão distinguem-se os crimes omissivos próprios e impróprios. Embora ambos pressuponham a violação de uma conduta a que o agente se encontra vinculado a adotar, ao contrário dos crimes omissivos impróprios, nos próprios, a conduta ou dever jurídico em agir encontra-se expressamente tipificado na norma jurídica.

A título exemplificativo, dirigidos para as empresas mas não só, os crimes de Fraude Fiscal, Abuso de Confiança Fiscal ou Abuso de Confiança contra a Segurança Social, preveem expressamente a responsabilidade penal daqueles que ocultem fatos que devam constar das declarações tributárias e os que a Administração Fiscal tenha de conhecer²⁶ bem como os que não entreguem determinadas quantias devidas à Administração Tributária ou à Segurança Social²⁷. É esta ação, discriminada na norma, que a lei espera da empresa que, enquanto sujeito passivo, se encontra legalmente vinculada pela norma jurídica a prosseguir: a entrega dos montantes devidos legalmente àquelas entidades.

Dirigindo-se estes deveres, em primeiro plano, às empresas e achando-se estas por sua vez representadas pelo seu órgão de administração²⁸, internamente recai sobre este o cumprimento dos mesmos, neste caso, a entrega dos montantes em dívida em nome da sociedade, pois, legalmente, é este órgão que pratica os deveres fiscais exigidos

²⁴ Neste sentido, Ac. do STJ de 18 de Junho de 2008, Proc. n.º 08P901.

²⁵ Cfr. ARMIN KAUFMANN *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob.cit.*, p. 919.

²⁶ Cfr. Al. a) e b) do art. 103.º do RGIT.

²⁷ Cfr. Art. 105.º e 107.º RGIT.

²⁸ Tal como consta do n.º2 do art. 405.º do CSC “*O Conselho de administração tem exclusivos e plenos poderes de representação da sociedade*”.

pela lei àquela²⁹. Se a administração da sociedade for constituída por um órgão unipessoal, *i.e.*, constituído por um único titular, é este, na qualidade de administrador que, em seu nome e porque a representa legalmente, será o responsável pelo seu cumprimento. O mesmo raciocínio se aplica quando a administração da sociedade é composta por um órgão colegial. De acordo com o âmbito organizacional da própria empresa, recai sobre cada um dos membros competentes que integram aquele órgão, o cumprimento das obrigações dirigidas à sociedade comercial por si representada, em nome desta e de acordo com os deveres inerentes ao cargo que arrogam, impostos pelo Código das Sociedades Comerciais.

Ainda a propósito do crime de Abuso de Confiança Fiscal, apesar de a aprovação da decisão de omitir determinados montantes a entregar à Administração Fiscal seja constituída por várias manifestações de vontade em sentido positivo, nomeadamente os votos em favor da sua aprovação, os gestores serão responsabilizados por omissão, uma vez que, como se visa desenvolver *infra.*, a decisão é o resultado da soma dos votos os quais, considerados isoladamente constituem meros atos preparatórios e o que releva é o fato material que é exteriorizado pela organização da sociedade em questão³⁰.

De modo diverso, muito embora os crimes omissivos impróprios não se encontrem expressamente tipificados na lei, resulta do n.º1 do artigo 10.º do Código Penal que “*Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo (...)*”. O legislador, ao prever esta cláusula de equiparação, considerou que os bens jurídicos que as normas penais visam proteger podem ser atingidos quer através da manifestação de uma conduta ativa – a aprovação de uma decisão *per se* ilícita – quer por omissão, traduzida na ausência de uma qualquer ação capaz de evitar a ofensa ao bem jurídico que carece de proteção. Ambas condutas, uma ativa outra omissiva, quando possibilitem a produção do mesmo resultado, comportam a mesma censura penal e o mesmo desvalor jurídico que as normas penais visam acautelar.

²⁹ Neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p. 378

³⁰ Sobre esta questão ver 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, Coimbra: Almedina, 2009, p. 929. Como afirma esta Autora “*nas estruturas organizativas, o que interessa é a forma activa ou omissiva como o sistema se relaciona com o exterior*”.

Assim, a questão que aqui se visa discutir centra-se essencialmente no n.º2 do artigo 10.º deste diploma uma vez que, de modo a delimitar a cláusula geral do n.º1, a lei estabelece que o desvalor da ação e da omissão é idêntico quando haja um específico fundamento para isso, *ipsis verbis*, “quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado”.

Sendo que não se pode responsabilizar nenhum gestor pelo simples motivo de assumir este *status professional* e uma vez que Direito Penal Português não contém nenhuma norma legal expressa que preveja um dever geral jurídico em agir, cabe apreciar qual o elo de ligação entre a posição do gestor e a exigência jurídica de impedir a verificação do resultado ilícito. Por outras palavras, cumpre apurar se recai sobre o gestor um *dever jurídico* que *pessoalmente* o vincule a adotar determinada “ação juridicamente esperada e imposta”³¹ capaz de impedir a aprovação e/ou execução de uma decisão ilícita proferida pelos restantes membros do órgão, pois, como resulta das regras gerais, a imputação objetiva do resultado ilícito à inércia do gestor apenas poderá ser assegurada quando este assumia uma posição de garante perante aquele evento.

§ 2.1.2. Fundamento do dever jurídico do gestor

§ 2.1.2.1. Do “domínio da organização”

Ultrapassadas as teorias formais, que têm como fontes o contrato, ingerência e a lei, tendo estes sido incorporados nalguma legislação europeia e internacional³² e sustentadas ainda por alguma doutrina para fundamentar o dever de garante do administrador, centrar-nos-emos, atendendo aos limites do presente trabalho, naquela que cremos assumir maior pertinência discutir nesta sede.

Devido à necessidade em se alcançar um critério de ilicitude material que sustente o dever de garante, têm surgido inúmeras construções doutrinárias sustentadas pela ideia do *domínio*, sendo hoje defendidas pela generalidade da doutrina³³.

³¹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob.cit.*, p. 905. Segundo este Autor, “Ao tipo objetivo da omissão pertence ainda a ausência da ação devida ou esperada”.

³² Veja-se o art. 11.º do CP Espanhol e o n.º2 do art. 13.º do Código Penal Brasileiro.

³³ Entre outros, na nossa doutrina, GONÇALVES, Pedro Correia, *A responsabilidade por omissão dos administradores e gestores empresariais* in Revista portuguesa de ciência criminal, Ano 19, ano 4, Outubro-Dezembro 2009, pp. 561 e ss. E ainda, CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa, - *La*

Desde logo, SCHUNEMANN³⁴, atendendo à problemática dos crimes omissivos em sede empresarial, construiu a responsabilidade dos gestores por omissão com base no «domínio do garante sobre a causa do resultado». Segundo este Autor, o domínio que o gestor detém face as fontes de perigo da empresa e dos seus subordinados fundamenta a sua posição de garantia e a consecutiva responsabilidade penal quando, no seio do âmbito que domina, o gestor permita que se produza algum ilícito penal.

Posteriormente este Autor veio delimitar a posição de garantia baseada na teoria por si defendida acrescentando que o domínio que o gestor detém, ao assumir esta qualidade, centra-se no poder que legalmente lhe é conferido em função da esfera societária que de fato controle, havendo um paralelismo entre as funções atribuídas e o respetivo dever de garante sobre as mesmas, nomeadamente, sobre as instâncias que se lhe encontram subordinadas e os seus elementos ou procedimentos perigosos. Neste sentido, “os deveres de garantia de um membro do conselho de administração de uma direção empresarial organizada segundo o princípio da divisão de competências entre departamentos se limitam ao âmbito por ele dirigido”³⁵. Seguindo esta linha de pensamento, o gestor é responsável pela produção de qualquer resultado ilícito quer quando provocado pelo seu inferior hierárquico quer quando derive de uma fonte de perigo que emane da sua “esfera de domínio”.

Em suma, como salienta PEDRO CORREIA GONÇALVES³⁶, as teorias assentes na ideia de domínio visam a conjugação do conceito de domínio com o de ingerência uma vez que o poder de domínio assumido pelo gestor ao aceitar este cargo faz com que este se encontre automaticamente vinculado a evitar o surgimento ou a

responsabilidade penal del empresario, mando intermedio y subordinado por los delitos cometidos aprovechando la estructura de la empresa in Rivista Trimestrale di Diritto penale dell'economia (Diretta da Giuseppe Zuccalà), Anno XXIII, N.º 1-2, Gennaio-Giugno, 2010, p. 181; GONZALEZ, María Paz Batista, *ob.cit.*, p. 88, HASSEMER, Winfried e CONDE, Francisco Muñoz, *ob.cit.*, p. 173.

³⁴ Vide SCHUNEMANN, Bernd, *Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas* in Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Editorial Tecnos, Colección Ciencias jurídicas, 2002, pp. 137 e ss.. Segundo este Autor “Só a utilização de um controlo sobre o âmbito social disponível fundamenta a equiparação de uma omissão com uma ação.”

³⁵ Apud SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: Algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial* in Estudos em Homenagem ao Professor Figueiredo Dias, Volume II., Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.1033.

³⁶ Cfr. GONÇALVES, Pedro Correia, *ob.cit.*, p. 561. Neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p. 387.

manutenção de fontes de perigo que o próprio, a empresa ou os seus subordinados possam gerar, sendo naturalmente responsabilizado se nada fizer.

Por outro lado, seguido pela maioria da doutrina³⁷, JAKOBS³⁸, veio complementar esta teoria com a introdução dos conceitos «responsabilidade pela organização» e «competência». Segundo este Autor, o gestor, enquanto membro do órgão de administração, no momento em que aceita o cargo, adquire um compromisso individual que se traduz, em primeiro plano, em gerir e controlar o seu âmbito de organização de modo a que não se produzam efeitos externos ilícitos. Neste sentido, em termos sumários e para o que ora se trata, JAKOBS³⁹ distingue entre deveres de relação e de ingerência, segundo os quais, o garante terá de impedir que determinados perigos que resultem da atividade empresarial, compreendida no seu âmbito de organização, não provoquem danos para terceiros, quer se reportem aos “*efeitos potenciais do comportamento concluído*”⁴⁰, *i.e.*, os conhecidos deveres de ingerência, quer surjam “*em virtude de um comportamento perigoso de outras pessoas, em particular ilícito*”⁴¹. Por outro lado, importam ainda, em virtude da responsabilidade pela organização e embora de alcance limitado, os “*deveres de salvação*”, nos termos dos quais o sujeito terá de obstar à produção de “*cursos causais perigosos*” que embora extravasem o seu âmbito de organização, resultam precisamente de este existir pois “*o âmbito de organização próprio nestes casos não se determina a partir de coisas ou comportamentos se não através das consequências da relação com coisas e das consequências do comportamento.*”⁴²

³⁷ Entre outros, GONZALEZ, María Paz Batista, *ob.cit.*, p. 87 e SILVA, Germano Marques da, *ob. cit.*, p. 390

³⁸ Cfr. JAKOBS, Gunther, *Derecho penal: Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A, Madrid, 1995, pp. 972 ss. Este Autor distingue enquanto fundamentos da posição da garantia, a responsabilidade por organização e em virtude da responsabilidade institucional. Esta parece ainda ser a posição de FIGUEIREDO DIAS, pois, embora sob a “teoria material-formal”, de modo a conjugar as teorias referidas anteriormente, defende, enquanto fundamento da posição de garante o “*dever de fiscalização de fontes no perigo no âmbito de domínio próprio*”, nos termos do qual, “*quem exerce um poder de disposição sobre um âmbito de domínio (...) deve também dominar os riscos que para estas possam resultar de estados ou de situações perigosas*”. Cfr. DIAS, Jorge Figueiredo de, *ob.cit.*, pp. 938 a 948.

³⁹ JAKOBS, Gunther, *Derecho...*, *ob.cit.*, p. 972.

⁴⁰ *Idem, ibidem.*, p. 973.

⁴¹ *Idem., ibidem.*, p. 976. Quanto à responsabilidade por comportamento perigoso provocado por outros sujeitos, este Autor considera “*ação perigosa própria*” quando o garante teve participação no comportamento de outra pessoa através de alguma forma de comparticipação, como a indução, cumplicidade ou coautoria, quando tem poder sobre as outras pessoas ou quando estas utilizam coisas perigosas.

⁴² *Idem., ibidem.*, p. 981

§ 2.1.2.2. **Apreciação crítica**

Muito embora a lei imponha às sociedades comerciais os requisitos a cumprir aquando a sua constituição bem como a estrutura base que tem de revestir atendendo às suas características, em regra, as pessoas coletivas gozam internamente de um amplo espaço de liberdade e de disposição sobre o modo e âmbito de organização.

Conforme se expôs anteriormente, as pessoas coletivas enquanto obras criadas pelo homem, no desenvolvimento das suas atividades societárias, manifestam-se através das suas ações. No âmbito societário, é o órgão de administração que, salvo estipulação em contrário, está encarregue de representar a sociedade, tal como prevê o artigo 405.º do Código das Sociedades Comerciais. Segundo este preceito, cabe ao Conselho de Administração gerir as atividades da sociedade, pois, nos termos do n.º2, este órgão tem “*exclusivos e plenos poderes de representação da sociedade*”. Tendo sido atribuído legalmente a este órgão a função de representar a sociedade, naturalmente que as pessoas físicas que o compõem terão de fazer o possível para que os deveres que a lei impõe à sua empresa sejam efetiva e *diligentemente*⁴³ cumpridos em sua representação, sob pena de aquela, enquanto sujeito passivo “primário” destes encargos, seja responsabilizada pelo seu incumprimento. Porém, estar-se-ia a atribuir injustificamente um encargo demasiado penoso ao gestor se este, apenas pelo mero fato de assumir esta qualidade profissional, fosse responsável por todos os atos ilícitos que partissem da empresa. Daí a pertinência em se apurar o fundamento e o alcance da posição de garantia que este assume.

Ora, parece-nos que o artigo 11.º do Código Penal nos oferece parte da solução: Em primeiro lugar, dirigido à responsabilidade das pessoas coletivas, resulta desde logo da alínea a) do n.º2 que estas serão responsáveis criminalmente pelos atos cometidos “*em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança*”, ou seja, pelos órgãos de administração uma vez que nos termos do n.º4, “*entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade*”. Decorre diretamente deste preceito o reconhecimento expresso pela lei de que o órgão de administração, sendo aquele que representa a sociedade, terá de exercer o “*controlo da sua atividade*” sob pena de lhe ser imputado

⁴³ Conforme resulta do artigo 64.º do CSC.

um evento ilícito resultante do seu incumprimento e, cumulativamente, à sociedade representada⁴⁴.

A continuação, nos termos da alínea b) deste preceito, a empresa é ainda responsável por quem aja sob a autoridade daquelas *peessoas*, v.g., os titulares dos órgãos de administração, quando violem os “*deveres de vigilância e controlo que lhes incumbem*”. Esta alínea reporta-se diretamente às atuações dos subordinados daqueles que gerem a seção da empresa donde resulte o ato ilícito, uma vez que o superior hierárquico, quando haja com culpa, será responsabilizado pelos atos provocados por aqueles. Resta então perceber se a posição de domínio que é retratada é extensível às atuações dos restantes administradores.

Da leitura destes preceitos, temos para nós que a lei penal expressamente atribui uma posição de garantia ao gestor através da previsão da sua responsabilidade penal pelo incumprimento dos deveres de “*controlo e vigilância que lhes incumbem*”, nos termos da alínea b) do n.º2 ou nos termos do n.º4, do “*controlo da sua atividade*”. Ao utilizar estas expressões, parece-nos que o legislador reconhece que existe um âmbito de organização atribuído ao órgão de administração sob o qual os membros que o integram têm o dever de garantir de *controlar e vigiar* de modo a que não se gerem ilícitos penais.

Se é certo que a lei reconhece a existência deste dever, não nos permite, todavia, determinar qual é a sua fonte. Ora, somos da opinião de que a atividade que o gestor, enquanto membro do órgão de administração tem de controlar e a que a norma jurídica em discussão se reporta é aquela que, acompanhando os ensinamentos de JAKOBS⁴⁵, resulta da esfera de competência e de liberdade de auto-organização atribuída a cada gestor aquando a distribuição de competências entre os vários órgãos da sociedade e dentro destes, entre os seus vários titulares⁴⁶.

⁴⁴ Neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p. 379.

⁴⁵ Cfr. JAKOBS, Gunther, *Derecho...*, *ob.cit.*, pp. 972 ss. Ainda neste sentido, SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, pp. 390 e 391. Segundo este Autor “*A actividade empresarial constitui uma fonte de perigo para determinados bens jurídicos e os responsáveis pela empresa, em conformidade com o respectivo estatuto, têm o dever de agir para vigiar e controlar essa fonte de perigos para protecção dos bens jurídicos que esses perigos possam afectar*”.

⁴⁶ Veja-se a Jurisprudência espanhola da Sentença “*Azeite de Colza*” de 23 de Abril de 1992: “*Cada um dos administradores é responsável pelo controlo de todos os perigos normais ou não que resultem da actividade da empresa (...) quando não o tenha feito, a sua omissão é também causal do resultado uma vez que a execução da ação exigida teria impedido – com alto grau de probabilidade – a produção dos resultados.*” in GONZALEZ, Maria Paz Batista, *ob.cit.*, pp. 91 e 92.

Por seu turno, este dever nasce com a aceitação do cargo de gestor e vigora durante a sua existência, que, por sua vez, encontra-se intrinsecamente condicionado aos estatutos da própria sociedade e ao Código das Sociedades Comerciais, compreendendo assim os deveres que deste diploma resultam, nomeadamente, os deveres de diligência e cuidado⁴⁷ na prossecução dos interesses da sociedade.

Expostas as bases estruturais, a conclusão a retirar do exposto é a seguinte: a responsabilidade por omissão de cada gestor é delimitada em função do seu âmbito de competência que, por sua vez, é determinado pela liberdade de configuração da própria organização da empresa e assumido pelo membro do órgão de administração quando aceita o cargo de gestor. A partir deste momento, este encontra-se pessoalmente vinculado a atuar⁴⁸ de modo a evitar que se produzam determinados riscos ou eventos ilícitos, dentro do domínio que exerce sob a sua organização⁴⁹. Por outro lado, este dever de controlo ou vigilância é extensível a qualquer risco que se produza quer diretamente – quando derive concretamente do seu âmbito de organização, quer indiretamente, ou seja, ainda que não advenha diretamente da sua área específica de competência, recaia sobre matérias essenciais que competem a todos os membros do órgão⁵⁰. Neste sentido, o risco ou o perigo que este terá de evitar pode ser sido previamente provocado pelo próprio, pelo seu subordinado ou por qualquer

⁴⁷ Cfr. Art. 64.º CSC.

⁴⁸ Em sentido semelhante, GONÇALVES, Pedro Correia, *ob. Cit.*, pp. 560 e 561 e SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade...*, *ob.cit.*, p. 1035. Segundo esta Autora, o dever de garante surge como um “compromisso de contenção de riscos para bens jurídico-penais, cabendo às regras de atribuição e distribuição de competência um decisivo papel na delimitação dos riscos que o sujeito tem de controlar bem como as medidas a adotar para impedir um resultado jurídico-penalmente desvalioso, SANCHEZ, Jesus María Silva, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, in Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, (coords. B. Schunemann e J. de Figueiredo Dias), J.M Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995, pp. 371 e 372. Segundo este Autor “De cada um dos âmbitos de competência se faz responsável o sujeito que, desse modo, passa a responder pelo output que surja da correspondente esfera de domínio, cuja organização interna lhe compete.”

⁴⁹ Neste sentido, a Jurisprudência espanhola da Sentença N.º 856/2000 de 22 de Maio considerou que devem ser responsabilizados como autores do crime “aqueles que sendo dirigentes da empresa, conhecendo o que estava a ocorrer e tendo poderes para impedi-lo, não o fizeram, consentindo assim numa atividade ilícita realizada no seio da sociedade que dirigiam e que, por isso, tinham a faculdade e o dever de impedir”.

⁵⁰ Estamos a pensar nos casos em que o gestor tem conhecimento que a deliberação tem como objetivo, por exemplo, a declaração de faturas falsas com vista à obtenção ilícita de reembolsos fiscais. Havendo repartição de funções no seio do órgão de administração, aqueles gestores que embora não se encontrem encarregues da área fiscal, tendo conhecimento da ilicitude da decisão, estão vinculados a impedir a sua consumação sob pena de responderem conjuntamente com os outros administradores pela prática do crime de fraude fiscal.

outro gestor⁵¹ independentemente, portanto, da sua contribuição individual ou sentido de voto⁵² assumido pelo gestor cuja responsabilidade se discuta.

Concluindo e antecipando desde já a matéria que *infra*⁵³. visamos tratar, quando os membros do Conselho de Administração criam um risco através da aprovação de uma decisão ilícita, sob os restantes gestores recai “*um dever jurídico que pessoalmente os obriga a evitar esse resultado*”, conforme resulta do n.º2 do artigo 10.º do Código Penal.

§ 2.1.3. Possibilidade fática de atuação e imputação objetiva

Do exposto, aquele sob quem recai o dever de garante de impedir determinado resultado, será responsabilizado perante a ausência da ação devida quando se verifique a efetiva possibilidade de agir naquele sentido. Na esteira de FIGUEIREDO DIAS⁵⁴, relativamente aos crimes por omissão em geral, faltará essa possibilidade quando o sujeito careça de capacidade corpórea ou física de ação ou ainda de capacidade técnica ou falta de conhecimentos. Veremos, no capítulo seguinte, em que casos estas hipóteses poderão ter lugar.

Por outro lado, como se pode ler no n.º1 do artigo 10.º do Código Penal, “*Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão adequada a evitá-lo (...)*”, i.e., o gestor investido na posição de garantia nos termos *supra* referidos, para não ser responsabilizado por omissão impura, tem de adotar um comportamento “adequado” a impedir a produção do resultado que a norma jurídica tipifica como crime. A delimitação da ação que o ordenamento jurídico espera que o agente adote resulta daquilo que casuisticamente seja necessário para que o resultado típico não venha a ter lugar, que poderá variar em função do tipo de crime por um lado e da possibilidade fática de atuação por outro.

Assim, a par da criação ou aumento do risco não permitido pela norma jurídica, enquanto critério utilizado pela maioria da doutrina para delimitar a amplitude que a

⁵¹ Com a ressalva ao que o princípio da confiança envolve. *Infra*. Cap. VI., ponto n.º 1.1.2.

⁵² Em sentido contrário, veja-se, entre outros, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *ob.cit.*, pp. 168 ss. Nas palavras desta Autora “*os administradores adquirem o compromisso de contenção do risco apenas sobre a infração que representa o seu voto na adoção do acordo.*”

⁵³ *Infra*. Cap. III, ponto n.º 2.1.4.

⁵⁴ Vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob.cit.*, p. 924.

teoria da causalidade adequada pode assumir e imputar o resultado ilícito a uma determinada ação, para o agente ser responsabilizado por omissão, tem de ter omitido a “*ação esperada ou devida que teria diminuído o risco de verificação do resultado típico*”⁵⁵.

Ultrapassando a problemática levantada pela doutrina quanto ao grau de probabilidade ou a solução defendida por ROXIN⁵⁶ segundo o qual o resultado não seria imputável se a diminuição do risco apenas aparecesse como possível *ex ante* mas não *ex post*, ou seja, se não fosse possível comprovar posteriormente que aquela diminuição de perigo se tivesse efetivamente verificado, cremos que, tal como resulta do sentido literal da lei, para imputar a responsabilidade por omissão ao gestor, ter-se-á que verificar que a “*ação adequada*” é aquela que teria diminuído a probabilidade de ocorrência do resultado e não a que teria efetivamente impedido o resultado⁵⁷. Não acompanhamos assim a exceção defendida por alguma doutrina⁵⁸, segundo a qual, embora se reporte essencialmente aos crimes por omissão em geral, dever-se-á negar a responsabilidade penal daquele gestor se “*for possível comprovar ex post que o comportamento lícito alternativo em nada teria servido para o resultado*”⁵⁹. Não nos parece poder ser atendível nesta sede a questão do comportamento lícito alternativo uma vez que seria uma via de os gestores afastarem a sua responsabilidade perante determinado resultado ilícito⁶⁰ alegando que, embora não tivessem omitido a conduta devida, o resultado verificar-se-ia nos mesmos termos. A ação adequada é, assim, aquela que se apresente capaz de diminuir a probabilidade de ocorrência do resultado⁶¹.

Tendo isto assente, é, pois, de concluir que o agente que não impeça que um perigo preexistente prossiga o seu curso que culmina na violação dos bens jurídicos que as normas em causa visem proteger, será responsável criminalmente por este resultado ainda que não tenha participado ativamente na formação e execução da decisão ilícita.

⁵⁵ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob.cit.*, p. 930.

⁵⁶ *Apud* Idem, *Ibidem*, p. 931.

⁵⁷ *Idem*, *Ibidem*, p. 930.

⁵⁸ Ver, entre outros, ENTERRÍA, Javier Garcia de, *ob.cit.*, p. 103, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Idem*, p. 930 e IADECOLA, Gianfranco, *Considerazioni in tema di responsabilità penale del segretario comunale per le deliberazioni illecite degli organi collegiali comunale* in *La giustizia penale*, Roma, Parte II, Gennaio, 1988, pp. 122 e 123. Segundo este Autor, se o resultado verificar-se-ia ainda que o gestor adotasse a conduta devida, este não poderá ser responsável pelo evento ilícito.

⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob.cit.*, p. 930.

⁶⁰ *Infra*. Cap. III, ponto 2.1.4.

⁶¹ Neste sentido, Ac. do TRL de 14 de Fevereiro de 2008, Proc. n.º 6898/07-9.

§ 3.1. Tipo de ilícito subjetivo

Relativamente aos crimes por ação, não nos parece haver peculiares especificidades nesta sede que justifiquem o nosso desenvolvimento. Cumpre tão-só realçar que, para se imputar determinado resultado ilícito ao agente, tem de se encontrar preenchido o tipo ilícito subjetivo, ou seja, o agente ao atuar, tem de conhecer e querer todos os elementos materiais do tipo⁶², quer sob a forma dolosa⁶³ quer negligente.

Como tal, a decisão assumida pelo gestor no momento em que poderia adotar uma conduta conforme o Direito e resolve não fazê-lo, poder-se-á traduzir numa atitude diretamente contrária ao bem jurídico que se visa acautelar ou de mera indiferença perante a sua lesão, conquanto concorra na sua consciência, por um lado a possibilidade de realização de uma alternativa à omissão, *i.e.*, a ação devida e por outro, as consequências da sua inibição ou indiferença, ou seja, a violação do bem jurídico que a norma penal visa proteger ao impor a quem a isso está legalmente vinculado uma ação de “salvamento”, mormente, a ação capaz de obviar a infração da norma penal. A título exemplificativo, aquele que, aquando a votação de uma decisão criminosa, tendo consciência do perigo e da sua posição de garante⁶⁴, se abstém e posteriormente não impugna a decisão aprovada, parece bastar para se lhe imputar o resultado ilícito que tenha consciência que ao impugnar poderia ter impedido a consumação do crime. Ao não fazê-lo, conforma-se com a possibilidade de realização do fato típico⁶⁵, quer quando o seu comportamento tenha sido dirigido internacionalmente para esse fim quer porque lhe seja indiferente o resultado da deliberação e efetiva infração criminal.

⁶² Vide Ac. do TRL de 20 de Março de 2012, Proc. n.º 5209/04.5TDLSB.L1-5.

⁶³ JAKOBS defende não existir nos crimes por omissão o dolo por comparação aos crimes cometidos por ação um vez que “*na omissão falta um objecto idóneo, o que omite não realiza a ação de salvação (...) mas sim um “quase-dolo” por contraposição à forma mais grave de negligência.* Cfr. JAKOBS, Gunther, *Derecho...*, *ob.cit.*, p. 1031.

⁶⁴ Como ressalva JAKOBS, o dever de garante não integra o dolo do tipo, mas sim o conhecimento da posição de garante, ou seja, os elementos que o levam a assumir esta posição devido ao âmbito de organização e competência que este domina e que origina o dever de “salvamento” dos riscos que daquele possam resultar. Cfr. Gunther, Jakobs, *Derecho...*, *ob.cit.*, p. 1016 e 1017.

⁶⁵ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob.cit.*, pp. 955 e 956 e também JAKOBS, Gunther, *Derecho...*, *ob.cit.*, p. 1015.

Por outro lado, o gestor pode ter descurado a ação devida ou esperada por não ter procedido com o cuidado a que está vinculado⁶⁶, agindo sob a forma de negligência, nos termos do artigo 15.º do Código Penal. A negligência poderá impelir sobre todos os elementos do tipo objetivo, como por exemplo, qual o meio idóneo para impedir a consumação do fato ilícito ou os pressupostos que determinam aquele gestor investido na posição de garante. Notar porém que, uma vez que a maioria dos crimes fiscais exige a presença do dolo por parte do agente para este ser responsabilizado, quando não se prove este elemento o gestor verá a sua responsabilidade penal ser afastada.

§ 4.1. Culpa

Como já tivemos oportunidade de frisar, enquanto princípio basilar do Direito penal, vigora entre nós, o princípio *nullum crimen sine culpa*. Em termos sumários, até porque a economia do presente trabalho a mais não nos permite, cumpre referir que para se imputar ao agente um resultado ilícito, este tem de ter atuado com dolo ou com negligência, considerando ainda não haver qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpa. Como se tem vindo a referir ao longo do presente estudo, ainda que a decisão ilícita seja imputada a todos os membros do órgão de administração, a culpa é necessariamente apreciada de modo individual, atendendo, portanto, a cada gestor isoladamente.

Não pretendemos tecer maiores esclarecimentos dos que resultam da dogmática penal geral, porém, cumpre destacar a especial relevância que nesta sede assumem os deveres de cuidado que os gestores estão adstritos, os quais, como ilustra FEIJOO SANCHEZ⁶⁷, não se circunscrevem ao próprio agente, à sua conduta e à perigosidade que a mesma pode revestir, mas recaem principalmente sob a organização de que aquele é responsável e os riscos que derivam da mesma.

⁶⁶ O princípio da confiança merece especial tratamento na delimitação dos deveres de cuidado. *Infra*. Cap. IV, ponto n.º 1.1.2.

⁶⁷ Cfr. SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo, *Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas* in *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal económico*, 2011, pp. 29 e 30.

IV. ANÁLISE DA DINÂMICA COMPORTAMENTAL DOS GESTORES NO SEIO DE UMA DELIBERAÇÃO

Chegados a este ponto, cumpre apreciar casuisticamente as distintas manifestações de vontade que se podem assistir no seio de uma deliberação que tenha por objeto a aprovação de uma decisão ilícita.

À luz da teoria da imputação objetiva, dir-se-á que aqueles cuja participação se traduz num voto em sentido favorável à aprovação de uma decisão ilícita, são responsáveis pelo crime que daí resulte, uma vez que, desse modo, contribuíram positiva e diretamente para a sua aprovação. Querirá isto significar que aqueles que votaram a favor são responsáveis pelo resultado ilícito e os que votaram contra verão a sua responsabilidade penal afastada? É esta e outras questões que podem colocar particulares dúvidas em sede de responsabilidade penal que procuraremos responder ao longo do presente capítulo.

§ 1.1. Dos votos “a favor”

Na hipótese da decisão ter sido aprovada por unanimidade ou por maioria dos membros presentes na deliberação, a resposta carece, à partida, de especiais dificuldades: salvo a invocação de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa, serão punidos em coautoria, pela decisão aprovada, todos aqueles membros que contribuíram ativamente, com as devidas especificidades que se poderão verificar no caso de a execução tiver sido representada por um terceiro, *i.e.*, o executor⁶⁸.

§ 1.1.1. Resultados *sobrecondicionados*

JAKOBS⁶⁹ chamou a atenção para a questão dos resultados *sobrecondicionados*, consistindo estes nos votos emitidos após se ter alcançado a maioria necessária para a aprovação de determinada decisão.

Está em causa a aludida questão dos comportamentos lícitos alternativos que tem como consequência que embora o agente não tivesse atuado no sentido que determina a sua responsabilidade penal, o resultado surgiria no mesmo momento e nas mesmas

⁶⁸ *Infra*. Capítulo V.

⁶⁹ Cfr. JAKOBS, Gunther, *Responsabilidad penal en supuestos de adopcion colectiva de acuerdos* in Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Coord. S. Mir Puig – D. M. Luzón Peña, J.M Bosch Editor, p. 77.

condições.⁷⁰ Neste sentido, põe-se em causa a viabilidade do nexu causal entre os crimes e os seus respetivos autores quando a decisão adotada por unanimidade ou maioria qualificada teria igualmente sido adotada por maioria simples e, assim, embora se omitisse a produção de um ou mais votos, o resultado verificar-se-ia do mesmo modo e teria sido igualmente executado.

A este respeito, os gestores que tenham votado a favor da decisão, podem alegar que, embora tivessem hipoteticamente adotado uma conduta conforme o Direito⁷¹, o resultado produzir-se-ia de forma idêntica, uma vez que os votos a favor por estes manifestados não contribuíram nem aumentaram a probabilidade de aprovação da decisão ilícita. Desde logo, a teoria *condictio sine qua non* em conjugação com o princípio *in dubio pro reo* levaria a negar o nexu causal entre os votos proferidos após a formação da maioria necessária e a decisão daí resultante, uma vez que, se supríssemos uma das causas o resultado ter-se-ia produzido exatamente nos mesmos moldes. Por outro lado, a teoria da imputação objetiva, também não nos ajuda a resolver, pois, aqueles que emitiram um voto em sentido favorável após a formação da maioria necessária, não criaram nem aumentaram o risco existente de violação da norma penal em causa.

Não obstante, cada manifestação de vontade no decorrer de uma deliberação consubstancia apenas um ato prévio ou preparatório, que apenas assume relevância penal no ato de execução da decisão, ou dependendo da norma violada, com a própria decisão. Neste momento, está-se já a executar um fato expressivo de uma vontade coletiva traduzido numa soma de votos, independentemente, portanto, do momento em que cada um teve lugar. O resultado ilícito daí resultante é atribuído individualmente a cada gestor que contribuiu para a sua produção, independentemente do momento que o fez, pois, para além de ter infringido o dever de diligência expectável que se encontra adstrito, contraria o comportamento que o ordenamento jurídico lhes impõe.⁷²

⁷⁰ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob.cit.*, p. 342.

⁷¹ Em resposta a este fundamento de defesa dos administradores no Caso *Ledersplay*, o tribunal considerou que a determinação da responsabilidade penal por decisões colegiais não se pode basear na análise causal de cada interveniente, mas da decisão conjunta tomada por todos aqueles membros que votaram a favor. Ver análise do acórdão em CAVERO, Percy Garcia, *La responsabilidad penal por decisiones colegiadas en el ámbito de la empresa* in Derecho y sociedad, Asociación Civil, 39, p.72.

⁷² Acompanhamos, assim, a solução defendido pela maioria da doutrina. Cfr. Entre outros, JAKOBS, *Responsabilidad penal...*, *ob.cit.*, p. 77, CERQUELLA, Cristóbal Javier Cantero, *La responsabilidad de los funcionarios por delitos ambientales*, Colección Derecho Penal, 1ª edición, 2010, p. 31, ao afirmar que havendo mais votos dos necessários, “*todos estos votos devem ser recontados*”, SCHUNEMANN,

Assim, uma vez que todos os votos se exteriorizam simultaneamente na conduta empresarial acordada, *ipso iuris*, na decisão aprovada, é indiferente o momento em que manifestou essa vontade, pois, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS⁷³ “(...) *continua a ter sentido não abandonar o bem jurídico à agressão do agente só porque aquele já não pode, em definitiva, ser salvo*”.

Notar, por fim, que dificilmente chegaríamos a outra solução sob pena violar o princípio da igualdade expresso no artigo 13.º, n.º1 da Constituição da República Portuguesa, o qual seria diretamente quebrado se imputássemos a responsabilidade penal a alguns e excluíssemos a de outros em função do momento em que manifestaram o seu sentido de voto.

§ 1.1.2. Do Princípio da confiança

No seio de uma empresa em geral, e no interior de cada órgão em especial, deparamo-nos frequentemente, em paralelo com o funcionamento do órgão, perante uma diversificação de funções que cada um dos gestores assume dentro de determinado âmbito ou seção, atendendo à divisão de trabalho existente, enquanto característica principal das sociedades de maior dimensão. Se assim é, compreende-se que no momento de se adotar determinada decisão, seja comum que nem todos os membros daquele órgão tenham conhecimento das informações necessárias para poderem manifestar a sua vontade de forma totalmente livre e consciente.

Neste sentido, cremos que o princípio da confiança assume especial relevância nesta sede pois permite explicar a delimitação da responsabilidade individual de cada gestor quanto ao seu próprio âmbito de competência e constitui, por conseguinte, um limite à imputação da responsabilidade dos gestores por negligência devido à estrutura empresarial e à divisão de tarefas e, consequentemente, de competências, que, para além de comum é essencial para o normal funcionamento societário e relacionamento da equipa de trabalho. Este princípio encontra-se em estreita conexão com a

Bernd, *ob.cit.*, p. 21, BALESTRINO, Ubaldo Giuliani, *ob.cit.*, p. 134, GENNAI, SARA, TRAVERSI, ALESSANDRO, *ob.cit.* p. 25, CAVERO, Percy Garcia, *ob.cit.*, p. 72 e MARTINO, Francesco Marco de, *Sulla responsabilità dei singoli negli organi collegiali* in La giustizia penal, Parte Seconda, Diritto penale, 2008, p. 606. Desde logo, afirma este Autor, “A causalidade cumulativa não funciona nos casos em que a deliberação não se identifica com o facto constitutivo do crime, mas representa um facto necessário, nestes casos é extensível a todos o crime cuja execução, foi deliberada pela maioria de um grupo de sujeitos”.

⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob.cit.*, p. 343.

delimitação da organização e responsabilidade de cada um dos gestores, pois depende do papel que cada gestor desempenha no seio do órgão de administração.⁷⁴

Ainda que se assuma que todos os gestores desempenham a mesma função é frequente que a decisão de cada um seja influenciada pela informação proporcionada por outro membro especialista no assunto. Seria insustentável que, aquando a adoção de uma determinada deliberação, cada membro tivesse que constatar da veracidade das informações fornecidas pelos membros competentes nessa matéria para poder decidir o seu voto. Enquanto limite objetivo à imputação da responsabilidade por negligência, esta “*autorização a confiar*”⁷⁵ em que os outros cumprirão os seus deveres de cuidado, implica que seja responsável o administrador que proporcionou a informação e que está encarregue do âmbito sobre o qual se adotou a decisão ilícita.

ANA CÉPEDA, PAREDES CASTAÑON e RODRÍGUEZ MONTAÑEZ⁷⁶ vão mais longe ao defenderem que o gestor verá a sua responsabilidade excluída quando o dano surja fora do seu âmbito de controlo e vigilância, não recaindo sobre este o dever de impedir a produção do resultado ilícito. Segundo esta construção doutrinária, os gestores não assumem uma posição de garante específica sobre o âmbito de responsabilidade de outros membros, independentemente, portanto, do conhecimento prévio da autenticidade das informações prestadas.

Esta conceção conduz a soluções inadmissíveis e contrárias aos deveres que vinculam os gestores. Se, por um lado, não se pode estender os deveres de cuidado exigidos ao gestor à suspeita da credibilidade das informações prestadas pelos restantes membros da sua equipa, uma vez que é legítimo que cada gestor possa confiar que os outros atuem diligentemente, não se pode descorar, sem mais, as situações em que existam indícios concretos que o façam pensar o contrário⁷⁷ ou ainda quando o gestor tenha conhecimento prévio que as informações prestadas por quem de competência são falsas e/ou visam precisamente que se adote uma decisão ilícita.⁷⁸ Neste caso, cremos que será responsável, atendendo precisamente aos deveres de

⁷⁴ Neste sentido, SÁNCHEZ, Bernardo J. Feijoo, *Imputación...*, *ob.cit.*, pp. 25 a 28.

⁷⁵ Cfr. CÉPEDA, Ana Isabel Pérez, *ob.cit.*, p. 315.

⁷⁶ *Apud.* CÉPEDA, Ana Isabel Pérez, *ob.cit.*, p. 257.

⁷⁷ Neste sentido, BLASCO, Bernardo del rosal, *Los delitos societários en el código penal de 1995, tirant lo blach, Valencia, 1998*, p. 69.

⁷⁸ Creemos ser esta ainda a posição de FIGUEIREDO DIAS. Segundo este Autor “*o princípio da confiança cessará face ao conhecimento ou à previsão de erros notórios de outros membros da equipa, que exigem correcção (...)*” Cfr. DIAS, Jorge de Figureido, *ob.cit.*, p. 884.

vigilância e controlo *supra* tratados⁷⁹, o gestor que, embora tenha efetivo conhecimento do que se visa com a deliberação, nada faça para acautelar a produção do evento ilícito.

Todavia, cremos que a afirmação do princípio da confiança não é *per se* suficiente para se excluir a responsabilidade penal: Esta questão terá de ser resolvida com base na figura do erro. Nos termos do número 1 do artigo 17.º do Código Penal “*Age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável*”.

Aquele que votou a favor de uma decisão ilícita sem ter previamente conhecimento acerca da sua ilicitude e/ou por ter confiado nas informações prestadas nas condições referidas, não poderá ser responsável pelas consequências que daí resultem se, naturalmente, o fato de se encontrar em estado de erro não lhe for censurável. Por conseguinte, acompanhando os ensinamentos de MEINI MENDÉZ⁸⁰, um determinado sujeito encontrar-se-á em estado de erro censurável ou não em função das possibilidades que tenha tido *ex ante* para se precaver, sendo que, o princípio da confiança poderá auxiliar o reforço desse mesmo estado.

§ 2.1. Dos votos “contra”

À primeira vista, do mesmo modo que um membro ao votar a favor transmite a sua vontade em ver aprovada determinada decisão, o que vota em sentido contrário manifesta formalmente a sua oposição quanto à aprovação da mesma. Dir-se-á, então, uma vez que o voto representa formalmente a vontade subjacente da parte que o emitiu, que o membro do órgão colegial que votou contra verá a sua responsabilidade penal afastada. Porém, nem sempre é assim. Tal como todas as manifestações humanas, o sentido do voto pode não corresponder à verdadeira intenção do seu titular, podendo inclusive ter como único objetivo encobrir o fim que o rege.

⁷⁹ *Supra* Cap. II, ponto n.º 2.1.2.2.

⁸⁰ Cfr. MÉNDEZ, Iván Fabio Meini, *ob.cit.*, pp. 314 e 315. Ainda, entre outros, ver ac. TRG de 5 de Novembro de 2012, Proc. n.º 253/11.9GACBT.G1.

§ 2.1.2. (Ir)responsabilidade por participação no quórum necessário e (im)punibilidade dos atos preparatórios

A doutrina tem vindo a discutir uma série de questões nesta sede, desde logo, a responsabilidade daquele sujeito que, tendo previamente conhecimento do assunto a ser tratado na deliberação para tal convocada, decidiu ainda assim participar, sabendo de antemão que sem a sua presença não seria possível formar o quórum necessário, uma vez que nos termos do n.º 4 do artigo 410.º do Código das Sociedades Comerciais, “o Conselho de Administração não pode deliberar sem que esteja presente ou representada a maioria dos seus membros”.

No entendimento de alguns Autores⁸¹, os gestores que votaram contra serão também responsáveis pelo resultado ilícito pelo mero fato de terem participado na deliberação uma vez que, ao pretenderem que determinado assunto fosse discutido, aceitam previamente o sentido que dali pudesse resultar. Nesta aceção, o sentido de voto seria irrelevante para se determinar a responsabilidade penal dos gestores, pois existe uma “sucessiva aceitação do resultado final”⁸² manifestada pelo consenso formado na deliberação.

Ora, dificilmente podemos sustentar que a mera participação na deliberação constitua *per se* motivo de imputação individual⁸³. A par das críticas tecidas quanto à insustentabilidade dos crimes colegiais, cumpre referir que, para além da participação numa deliberação constituir um Direito e dever do próprio gestor, como salienta FRANCESCO MARTINO⁸⁴, a mera participação na deliberação não pode revestir por si só título de imputação subjetiva uma vez que carece do elemento subjetivo quando o próprio sujeito expressamente manifestou uma decisão diversa.

Por outro lado, na esteira de PÉREZ CÉPEDA⁸⁵, a vontade em participar numa deliberação quanto muito consubstancia um ato preparatório, ainda prévio ao início da tentativa, pois aquela apenas envolve e supõe a configuração de uma vontade comum

⁸¹ VITTA *Apud* MARTINO, Francesco Marco de, *ob.cit.*, p. 603.

⁸² *Idem, Ibidem.*

⁸³ Acompanhamos, assim, a maioria da doutrina. Cf., entre outros, CAVERO, Garcia, *ob.cit.*, p.73, GENNAI, Sara, TRAVERSI, Alessandro, *ob.cit.*, p.24, CÉPEDA, Ana Isabel Pérez *ob.cit.*, p. 289, JAKOBS, Gunther, *Responsabiliad....,ob.cit.*,p. 89 e nacional, SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, pp.287 e 398

⁸⁴ Vide in MARTINO, Francesco Marco de, *ob.cit.*, p. 603.

⁸⁵ Cfr. CÉPEDA, Ana Isabel Pérez, *ob.cit.*, 1997, p. 195

quanto à planificação de um fato, sem qualquer relevância penal significativa. Para mais, como abaixo abordaremos, sendo que os comportamentos dos gestores anteriores à decisão consubstanciam meros atos preparatórios, à luz do artigo 21.º do Código Penal estes não são puníveis, salvo disposição em contrário.

Em suma, os gestores enquanto membros do órgão de administração convocados para a deliberação de determinado assunto, manifestam uma vontade comum em que seja discutido aquele objeto, ou seja, aceitam o processo de formação da vontade coletiva, sendo esse mesmo o propósito e origem das deliberações e a necessidade de estarem presentes determinado número de membros, o que não implica, naturalmente, que se aceite o resultado que daí derive. Se essa vontade e efetiva participação fosse por si só punível estaríamos a negar a esses membros a possibilidade de participarem na deliberação sob pena de responsabilizá-los por fatos alheios.

§ 2.1.3. Após a formação da maioria necessária

Podemos ainda assistir à posição do gestor que, de modo a ver adotada determinada decisão ilícita sem sofrer a respetiva sanção penal, previamente à deliberação, incentiva, aconselha ou sugere⁸⁶ a discussão daquele assunto e, no momento de prestar o seu sentido de voto, assume a posição contrária, por exemplo, por já se encontrarem reunidos os votos suficientes para a sua aprovação.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE⁸⁷ propugna pela imputação da responsabilidade penal àqueles gestores cujo sentido de voto em contra constitui meramente uma manobra para excluir a sua responsabilidade, ou seja, quando o fizeram *propositadamente* depois de formada a maioria necessária.

Retomando o que atrás frisámos, os atos prévios à votação que dão lugar à aprovação da decisão final, ainda que merecedores de reprovação social, constituem unicamente atos preparatórios do ilícito penal, uma vez que, como *infra*. visamos

⁸⁶ Excluimos deste âmbito aqueles sujeitos que induziram em erro outros gestores do órgão de administração através da prestação de falsas informações bem como as situações que integram a figura da cumplicidade.

⁸⁷ CONDE, Francisco Muñoz, *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico o como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica* in Revista penal, Número 9, 2002, p. 93. Ainda neste sentido, JAKOBS reclama pela responsabilidade por crime de omissão imprópria quando o gestor contribuiu de forma ativa, “mediante indução, cumplicidade ou autoria” para a participação dos restantes membros, uma vez que “a sua influência aumentou o risco de realização do tipo”. Cfr. JAKOBS, Gunther, *Responsabilidad...*, *ob.cit.*, p. 976.

desenvolver⁸⁸, quer a tentativa quer os atos que ela envolvem, apenas se iniciam com a aprovação da decisão. Assim, acompanhando a orientação de PEREZ CÉPEDA⁸⁹, este “*apoio*” na aprovação da decisão apenas pode ser considerado uma “*conspiração*” num ato preparatório prévio. Independentemente dos “*desejos pessoais*” ou motivos de conveniência, que carecem de relevância penal, o que releva *prima facie* mas não só, é o sentido de voto proferido, o qual traduz formalmente a vontade em que aquela seja ou não aprovada, podendo até, como salienta esta Autora, o seu voto contra possuir o significado de arrependimento quanto aos atos preparatórios praticados previamente.

Em rigor, cumpre distinguir duas hipóteses: Se a decisão constituir *per si* um ilícito penal, torna-se relevante o sentido de voto uma vez que a decisão, enquanto “soma” dos votos proferidos esgota a consumação do crime. Porém, tendo aquele gestor previamente incentivado os demais à prática de um crime, traduzido na aprovação da decisão, torna-se exigível, atendendo aos deveres de garante tratados *supra*. e à “ação adequada” que este se encontra impelido, que tenha, no decurso da deliberação, em jeito de “arrependimento”, encorajado os membros do órgão a não adotarem, afinal, aquela decisão, sob pena de ser ainda responsável por crime de omissão imprópria.

Se, numa segunda hipótese, a decisão apenas se consuma num momento posterior, *i.e.*, com a sua posterior execução, serão punidos como coautores por crime de omissão imprópria aqueles gestores que não impediram que a mesma fosse executada, através da impugnação da decisão, tendo permitido desta forma que se produzisse o resultado ilícito.

A esta luz, cremos que não deverá ser responsabilizado o gestor que, independentemente do comportamento anterior, votou em sentido contrário à aprovação da decisão, desde que o seu comportamento posterior reflita essa mesma manifestação de vontade, como em seguida se explicitará.

§ 2.1.4. Da “*ação adequada*”

Tendo concluído que não assume suficiente relevância penal os atos preparatórios ao voto e, a mais das vezes o próprio voto, cumpre ora determinar se a resposta se mantém face ao comportamento – ou ausência deste – do gestor posterior à aprovação

⁸⁸ *Infra*. Cap. IV, ponto n.º 1.3.

⁸⁹ CÉPEDA, Ana Isabel Pérez, *ob.cit.*, p.299.

da decisão, quando este traduz, materialmente, a mesma vontade daquele que formalmente votou a favor.

Já na década de 50, se levantaram algumas vozes no sentido de se exigir um requisito adicional para aqueles membros que votaram contra determinada decisão ilícita que veio, ainda assim, a ser aprovada. GRISPINI e ZUCCALA⁹⁰, defendiam não ser possível um gestor ver a sua responsabilidade excluída, ainda que tenha votado contra, “*se não cumpriu o requisito que a lei prescreve de fazer constar sem demora do livro de actas e dar imediatamente conhecimento à Junta de revisores fiscais*”.

É, assim, possível notar que desde cedo houve esta chamada de atenção para a insuficiência do voto em contra como causa de exclusão da responsabilidade penal uma vez que, atendendo ao comportamento global do gestor, este poderá assumir uma relevância mínima perante a atitude desconforme ao Direito que venha a ter lugar posteriormente.

Na verdade, embora continue a haver alguma divergência⁹¹, é hoje largamente dominante na doutrina, tanto estrangeira⁹² como nacional⁹³, a consideração de que o mero voto em sentido contra à aprovação da decisão ilícita é, à partida, insuficiente para que o gestor seja exonerado de responsabilidade penal. Desde logo, conforme se expôs no capítulo anterior relativamente à posição de garantia que cada gestor assume, este encontra-se pessoalmente obrigado a evitar a concretização do resultado ilícito ainda que provocado pela conduta dos restantes gestores. Assim sendo, para se imputar objetivamente o resultado lesivo ao membro do órgão que se absteve ou votou contra, tem de se procurar determinar a sua efetiva vontade através do comportamento

⁹⁰ *Apud.* CÉPEDA, Ana Isabel Pérez, *ob.cit.*, p. 289

⁹¹ Entre outros, MUÑIZ, José Manuel Valle, *ob.cit.*, p. 664. Segundo este autor, “*O administrador que se oponha expressamente à adoção da decisão ou execução do ato lesivo não é merecedor de responsabilidade penal (...) a sua oposição expressa-se mediante o voto em contra da decisão maioritária do órgão colegial.*”. E ainda, CÉPEDA, Ana Isabel Pérez, *ob.cit.*, p. 168. Nas palavras desta Autora “*O administrador que vota contra separa-se do processo que pode desencadear um resultado ilícito.*” e CAVERO, Percy Garcia, *ob.cit.*, p.74.

⁹² Entre outros, ver SCHUNEMANN, Bernd, *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación* in Anuario de derecho penal y ciencias sociales, Tomo LV, Ministerio de la Presidencia, 2002, p.31. ; ENTERRÍA, Javier Garcia de, *ob.cit.*, p. 105, CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa, *La responsabilidad penal del empresário, mando intermedio y subordinado por los delitos cometidos aprovechando la estructura de la empresa* in Rivista Trimestrale di Diritto penale dell’economia (Diretta da Giuseppe Zuccalà), Anno XXIII, N.º 1-2, Gennaio-Giugno, 2010, p. 180 e MÉNDEZ, Iván Fabio Meini, *ob.cit.*, p.305

⁹³ SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p.287. Segundo este Autor, se o gestor tinha o “direito de oposição” e ainda assim optou por não o exercer, aceita a deliberação criminosa.

posterior ao voto, *i.e.*, é necessário comprovar que este membro do órgão de administração não participou de forma ativa no plano ou se, mediante a sua atitude omissiva, contribuiu para o resultado final ao permitir que o resultado ilícito se concretizasse. A decisão coletiva, sendo formada pela maioria dos membros que integram aquele órgão e, tratando-se de um órgão colegial, uma vez constituída faz com que a maioria absorva a minoria, quando esta nada fez em sentido contrário, ou, por outras palavras, não impediu que a decisão fosse efetivamente executada.⁹⁴

Assim, de modo a determinar qual o comportamento posterior a adotar pelo gestor, enquanto meio idóneo a impedir a execução da decisão, cumpre analisar o que estatuem as regras relativas à invalidade das deliberações presentes no nosso Direito.

Nos termos da alínea c) do n.º1 do artigo 411.º do Código das Sociedades Comerciais, as deliberações do conselho de administração são nulas quando o seu conteúdo seja “*ofensivo dos bons costumes ou de preceitos legais imperativos.*” A última alternativa prevista neste preceito verificar-se-á precisamente quando a decisão adotada vise a violação de uma norma jurídica ainda que não se encontre compreendida no universo de crimes previstos naquele diploma. Tratando-se, assim, de uma decisão que viola um preceito legal imperativo e sendo esta por natureza nula, decorre do n.º1 do artigo 412.º que o conselho de administração ou a assembleia geral poderá, nestes termos, declarar a nulidade a requerimento de qualquer administrador dentro do prazo de um ano a partir do conhecimento da irregularidade. Por sua vez, sendo esta a norma com maior relevância nesta matéria, nos termos do n.º4 da presente norma, “*os administradores não devem executar ou consentir que sejam executadas deliberações nulas.*”

Em primeira instância, temos para nós, que o legislador visou com esta norma proibir que os gestores deliberem ou adotem deliberações que possam ser consideradas nulas e, por outro lado, para o que ora nos interessa, independentemente do sentido de voto que houve lugar no decurso da deliberação, impõe-se aos gestores que não consintam que essa deliberação seja executada. Parece-nos que o único modo de estes cumprirem a norma e obedecerem ao dever que lhes impele, é procederem à impugnação daquela decisão, através da sua declaração de nulidade, nos termos do

⁹⁴ Cfr. CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa, *ob.cit.*, p. 180.

número 1 daquele preceito. Se estes não o fizerem – tendo possibilidades de fazê-lo, estão a aceitar o resultado que daquela advenha.

Acrescente-se, porém, que parece-nos ser suficiente a impugnação da decisão como meio para tentar impedir o resultado⁹⁵, não sendo necessário que efetivamente o tenham logrado⁹⁶.

A conclusão a retirar de quanto ficou dito é a seguinte: O primeiro degrau é efetivamente a manifestação formal da vontade que se traduz no voto proferido durante a deliberação. Todavia, não chega. O sentido de voto não consubstancia nada mais do que um indício para se apurar a eventual responsabilidade daquele que manifestou contra a sua aprovação mas não é ou não poderá ser *per se* suficiente para afastar a responsabilidade penal do gestor quando, recaindo sobre este o dever de “*não consentir que sejam executadas decisões nulas*”, nada faça. Neste caso, ainda que tenha votado contra a deliberação, aquele será responsabilizado por crime de omissão imprópria, como resulta do n.º2 do artigo 10.º do Código Penal. Este parece-nos ser o único meio de prova capaz de comprovar a fidelidade do gestor ao Direito, ultrapassando, deste modo, a dificuldade de prova que recai sobre as intenções do agente e por outro lado, captar o “*efetivo comportamento e efetiva vontade*” do gestor⁹⁷.

Não obstante, o que se disse não vale para os casos em que o crime se esgota com a mera decisão ilícita, quando não implica, portanto, a execução posterior para a sua consumação⁹⁸. Neste caso, cremos que o sentido de voto tem de traduzir mais do que um mero indício, pois, a ação idónea a impedir o crime, *i.e.*, a aprovação da decisão, a que o gestor enquanto garante está estritamente vinculado, apenas se pode dar no decurso da deliberação, nomeadamente, através da manifestação em contra àquela. Neste sentido, cremos que a solução é semelhante àquela prevista pelas regras societárias: Nos termos do artigo 72.º, n.º3 do Código das Sociedades Comerciais, não

⁹⁵ Neste sentido, PEDRAZZI, Cesare, *ob.cit.*, 1964, p. 25. Fica também excluído o dever de denúncia, pois, nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA “*só ocorre quando o crime estiver executado ou em execução não sendo, em regra, adequado a impedir a sua concretização.*”. Cf. SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p. 403.

⁹⁶ Defendemos esta solução uma vez que cabe ao conselho ou à assembleia geral, a requerimento do administrador, a declaração da nulidade dessa decisão. Poder-se-á dar a situação em que, embora o gestor tenha efetivamente impugnado e requerido a declaração de nulidade, não tenha, por qualquer motivo que lhe seja extrínseco, obtido sucesso.

⁹⁷ MÉNDEZ, Iván Fabio Meini, *ob.cit.*, p.300.

⁹⁸ *Infra.* Cap. IV, ponto n.º 1.2.

serão responsáveis “*pelos danos resultantes de uma deliberação colegial os gerentes ou administradores que nela não tenham participado ou hajam votado vencidos (...)*.”⁹⁹, sendo que constitui prova da sua oposição quando o fazem constar do livro de atas, como resulta ainda deste preceito.¹⁰⁰ Embora não possa assumir a qualidade de autor, poderá ser punido como cúmplice se, após a decisão, auxiliar ou consentir informalmente com aquela, facilitando, deste modo, o seu efetivo cumprimento.

§ 3.1. Gestores ausentes

Cumpra ora analisar a eventual responsabilidade penal daquele gestor que, embora tenha sido devidamente convocado¹⁰¹, não esteve presente na deliberação, no decurso da qual se aprovou uma decisão ilícita. Para tal, cumpre distinguir as diversas hipóteses que poderão ocorrer de modo a averiguar se o título de autor do crime, juntamente com os outros gestores, pode ser afastado pelo fato de não ter intervindo.

§ 3.1.1. Da ausência culposa

A doutrina¹⁰² distingue a ausência com justa causa daquela que é culposa ou dolosa. Cabem na primeira hipótese aqueles acontecimentos frequentes em que o gestor não pôde comparecer à assembleia, por qualquer motivo alheio ao assunto que se visou discutir. Uma vez que para se proceder à deliberação é apenas necessário que esteja presente a maioria dos membros do órgão, se os que compõem a minoria não se encontram presentes e não têm posteriormente conhecimento do que veio a ser tratado, dificilmente poderão ser responsabilizados.

Por sua vez, a segunda hipótese compreende as situações de ausência culposa, ou seja, aquelas em que o gestor, com conhecimento prévio do assunto que vem a ser deliberado, não comparece propositadamente à deliberação tornando, deste modo, possível a aprovação da decisão ilícita. Desde logo, a título de exemplo, o gestor que, ao ter conhecimento que face ao número de membros que estariam presentes, já se iria assegurar a maioria necessária para a sua aprovação, sendo que se comparecesse, para

⁹⁹ Porém, poderá ainda ser punido como cúmplice moral se, após a decisão, auxiliar o executor ou consentir informalmente com aquela junto deste.

¹⁰⁰ Com a devida ressalva da matéria tratada no ponto n.º 3.1.1.

¹⁰¹ Nos termos do n.º 3 do art. 410.º do CSC.

¹⁰² Cfr.. CÉPEDA, Ana Isabel Pérez, *ob.cit.*, p. 290.

a mesma ser aprovada, teria de votar a favor e, conseqüentemente, comprometer-se criminalmente.

Neste grupo de casos, em que a ausência do gestor possibilitou a aprovação da decisão, alguma doutrina¹⁰³ considera que haverá lugar à responsabilidade daquele que se ausentou propositadamente para esse fim.

Creemos, porém, que ainda que o gestor tenha previamente, por exemplo, operado material ou moralmente a favor daquela decisão, incentivando a sua discussão e posterior aprovação e, na data da deliberação, se ausenta com o objetivo de ver afastada a sua responsabilidade penal, dificilmente se poderá sustentar sua responsabilidade com o mero fundamento no seu conhecimento prévio ou não em que iria ser assegurada a maioria ou pelo seu contributo meramente “incentivador” para que aquela fosse aprovada.

À semelhança do que se mostrou no ponto anterior¹⁰⁴, a questão prende-se, uma vez mais, com a extensão que o dever de garante envolve e não propriamente com as prévias motivações do gestor. Assim, muito embora os gestores não tenham comparecido, com ou sem falta legítima à assembleia donde resultou a decisão ilícita, serão obrigados a impugná-la de modo a evitar a sua execução nos termos do artigo 412.º, n.º4, quando, ainda que não recaia diretamente na sua área de domínio específica, tenham conhecimento da ilicitude daquela. Uma vez que as deliberações são consignadas em ata, facilmente será de conhecimento geral de todos os administradores, tendo de se atender, por conseguinte, à culpa do agente e ao desfasamento temporal entre a decisão e a execução¹⁰⁵. Porém, se o fato ilícito é consumido pela decisão, não tendo o gestor nela participado nem oportunidade de impedir a sua execução, dificilmente poderá ser considerado autor do evento ilícito, mas apenas, atendendo às regras gerais da comparticipação, como mero cúmplice.

¹⁰³ Entre outros, ANTOLISEI, Francesco, *ob.cit.*, 1993, p. 85, MOURULLO, Gonzalo Rodriguez, *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societários* in Anuario de Derecho penal y ciencias sociales, Tomo XXXVIII, Fascículo III, Septiembre-Diciembre, 1984, p. 687, GENNAI, SARA, TRAVERSI, ALESSANDRO, *ob.cit.*, p.24.

¹⁰⁴ *Supra.* Cap. II, ponto n.º 2.1.2.2.

¹⁰⁵ Neste sentido, ver entre outros, ECHEGARAY, José Luis Díaz, *Responsabilidad penal de los socios y administradores*, Editorial Montecorvo, S.A, 1997, p. 111, CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa, *o.b.cit.*, p. 182. Desde logo, o gestor poderá ter assumido uma atitude de indiferença perante o bem jurídico que a decisão aprovada visa violar (culpa dolosa).

Por outro lado, pode ainda suceder, devido à relação de confiança que se cria e preside no seio societário, principalmente dentro de determinado órgão, que um gestor confie na decisão que a maioria pretendeu adotar, considerando-a à partida válida sem confirmar a licitude do seu conteúdo. Atendendo à repartição de tarefas, quer a decisão recaia no domínio organizacional alheio quer seja da competência de todos em conjunto, não nos parece que se possa censurar aqueles gestores que, não estando presentes em determinada assembleia, confiem no sentido que a maioria lhes tenha dado. Atendendo, por exemplo, à fraude cuja execução não opera com a mera decisão, podendo não vir a ser executada se for devidamente impugnada, não consideramos injustificado que o gestor confie que os outros administradores visem entregar os valores em causa à Administração Fiscal, principalmente se não houve no passado daquela empresa nenhum episódio em sentido contrário. Faltarão nestes casos o elemento subjetivo do ilícito uma vez que o agente carece da consciência da situação típica. De tudo isto já foi a matéria tratada *supra*. quanto ao princípio da confiança¹⁰⁶.

JAKOBS¹⁰⁷ levanta ainda a questão da responsabilidade do gestor que, embora se encontre ausente durante a deliberação, comunica ao executor a sua conformidade com a mesma. Este Autor considera que a relevância do comportamento do membro do órgão de administração prende-se com o fato deste, ao suprimir o obstáculo representado pela possibilidade de impugnação da decisão, elimina as eventuais dúvidas que o executor tenha em executar ou não o ilícito e assim *“facilita a sua situação psíquica e elimina as contra-razões que possam dificultar o acordo para chegar à sua execução”* ainda que o executor não dê qualquer relevância à manifestação de vontade do gestor, pois o decisivo, para este Autor, *“não é como o executor valora a conduta em questão, mas sim como é valorada pelo Direito”*.

Todavia, somos da opinião que o gestor será responsabilizado como coautor nos termos atrás expostos, ou seja, porque deveria ter impugnado a decisão ilícita e não o fez e não porque prestou apoio ao executor. Esta questão apenas poderá assumir relevância em sede de avaliação do elemento subjetivo do ilícito.

Como podemos constatar, mais uma vez, o problema recai essencialmente no dever de garante que o gestor assume e na demonstração da existência de um comportamento consciente e doloso por parte do gestor ausente.

¹⁰⁶ Ponto n.º 1.1.2.

¹⁰⁷ JAKOBS, Gunther, *Responsabilidad...*, *ob.cit.*, p. 87

§ 4.1. Da abstenção

Por fim, para além das hipóteses abordadas nos pontos anteriores, o gestor pode, no momento de manifestar o seu voto, decidir abster-se. Não visamos desenvolver esta este grupo de casos uma vez que não levantam particulares questões que ultrapassem as regras gerais da posição de garante, tratadas *supra*.

Quando a matéria a discutir recai na sua esfera de competência, em rigor, embora não tenha votado a favor de nenhuma decisão, parece-nos que o seu silêncio implica que aceita o resultado da deliberação aprovada pela maioria, quer traduza a adesão à decisão, quer não. Valem, nesta sede, as mesmas considerações que fomos tecendo ao longo do presente capítulo.

V. “CENTRO DE EXECUÇÃO” vs “CENTRO DE DECISÃO”

Aqui chegados, tendo como premissa base que o crime é imputável a uma determinada sociedade e uma vez que esta se estabelece em função do fato cometido por uma pessoa singular, cabe averiguar, no âmbito do contexto organizacional daquela, quem são os verdadeiros agentes do facto ilícito merecedores da efetiva censura penal quando não haja coincidência entre aqueles que configuram o crime e os que o executam, como sucede frequentemente nas sociedades de maior dimensão.

§ 1.1. Da decisão enquanto facto constitutivo do crime

Como já fomos avançando ao longo do presente trabalho, a questão não merece maiores desenvolvimentos quando a decisão constitua *per si* elemento constitutivo do crime. Ao reunir todos os elementos do facto típico em questão, serão punidos, à luz das regras gerais, nomeadamente nos termos do artigo 26.º do Código Penal, os autores dessa decisão, ou seja, os membros do órgão colegial que, nos termos que tratámos *supra*.¹⁰⁸, participaram no resultado danoso ao manifestarem a sua vontade materializada na decisão proferida, uma vez que o crime esgota-se com a decisão que lhe está subjacente. A título exemplificativo, relativamente aos crimes de Abuso de Confiança ou Abuso de Confiança contra a Segurança Social, previstos respetivamente nos artigos 105º e 107.º do Regime Geral das Infrações Tributárias, a decisão de não entregar à Administração Fiscal ou à Segurança Social as prestações tributárias

¹⁰⁸ *Supra*. Cap. III.

devidas, preenche o facto típico exigido pelo tipo, logo, aqueles membros que, através dos seus comportamentos, contribuíram para que não fosse entregue à Entidade em causa o respetivo montante, serão diretamente os responsáveis, em coautoria, pela prática daquele ilícito penal, conforme a sua culpa como decorre do artigo 29.º do Código Penal.

§ 1.2. Da decisão enquanto ato prévio

A dificuldade acresce quando a decisão não preenche os elementos exigidos pelo tipo, ou seja, carece de ser executada para que estejamos perante a prática de um crime.

Desde logo, é o que se verifica na maioria dos crimes tipificados no Regime Geral das Infrações Tributárias, como é o caso da Fraude que, nos termos do artigo 103.º, n.º3. Embora os gestores que integram o órgão de administração de determinada sociedade decidam, mediante prévia deliberação nesse sentido, acrescentar determinadas despesas falsas a declarar em sede de IRC, é necessário, para que surtam efeitos penais, a efetiva entrega à Administração Tributária da declaração que traduza aquela decisão.

Partindo deste exemplo e como já avançado, a decisão apresenta-se normalmente como fase prévia da execução crime, pelo que, a averiguação da responsabilidade penal apenas assume relevância aquando a sua consumação. Neste momento, sobretudo nas sociedades de maior dimensão, devido ao paradigma empresarial existente, assente por um lado, na estrutura hierárquica e por outro, na divisão de trabalho que fomenta a separação entre a origem da decisão criminosa e a sua execução, dificilmente teremos como protagonistas os administradores ou gerentes de determinada pessoa coletiva mas antes, os seus subordinados, *i.e.*, aqueles agentes alheios ao órgão de administração que, consciente ou inconscientemente, executam o fato ilícito. Querirá isto implicar que serão os executores os principais responsáveis pelo crime praticado? Não nos parece que assim seja. É evidente que o comportamento destes agentes representa, a mais das vezes, a manifestação de uma vontade que lhes é alheia, pois, enquanto trabalhadores subordinados, apenas executam aquilo que os seus superiores hierárquicos lhes ordenam sem a merecida perceção da relevância da sua contribuição para a violação do bem jurídico em causa.

Com a devida ressalva à eventual responsabilidade dos executores como verdadeiros autores ou participantes, face ao raciocínio que temos vindo a desenvolver e embora o fato ilícito seja executado por terceiros, somos levados a crer que, a mais das vezes, são os gestores os principais destinatários da norma penal, pois são estes quem controlam efetivamente a pessoa coletiva, que dominam o seu percurso típico e que poderão produzir ou evitar a produção de determinados danos. Por outras palavras, são os gestores que detêm o “*domínio sobre a causa do resultado*”¹⁰⁹,

O que se acabou de referir traduz a tendência que se tem vindo a assistir por parte da jurisprudência¹¹⁰ e da doutrina¹¹¹ na determinação da responsabilidade pelos crimes praticados em sede societária, segundo a qual se deve, em primeira instância, proceder à análise da responsabilidade “*de cima para baixo*”, ou seja, daqueles que se encontram em supremacia hierárquica e que serão, materialmente, os principais autores do crime e, não *a contrario*, “*de baixo para cima*”.

A questão essencial que nos propomos a analisar é, assim, a de determinar como imputar aos membros do órgão de administração determinado ilícito penal, como autores do mesmo, ainda que não intervenham na sua execução mas “*apenas*” no seu planeamento e decisão.

Desde já, pelo que foi dito, rejeitamos frontalmente a construção doutrinária que considera que dever-se-iam punir os membros do órgão de administração como meros cúmplices¹¹², na medida em que levantaria alguma perplexidade punir o “*cérebro*”¹¹³

¹⁰⁹ Cfr. SCHUNEMANN, Bernd, *Los fundamentos...*, *ob.cit.*, p. 131.

¹¹⁰ Verificamos desde logo esta solução, no clássico e emblemático Acórdão do Tribunal Supremo Federal Alemão, *Lederspray* (“*spray para couro*”), onde se procurou analisar a imputação da responsabilidade analisando desde logo os mais altos níveis de decisão e não propriamente a responsabilidade imediata dos executores. Tanto o tribunal de primeira instância como o de recurso condenaram os administradores das empresas por comissão por acção em co-autoria por não terem ordenado o retiro do produto do mercado que provocou várias lesões aos consumidores pela sua utilização. Sobre este acórdão e os seus efeitos, ver, entre outros, GARCÍA, Cavero, *ob.cit.*, p. 72 e HASSEMER, Winfried, CONDE, Francisco Muñoz, *ob.cit.*, p. 173. A jurisprudência espanhola tem seguido este sentido, sobretudo no âmbito da responsabilidade pelo produto, embora se comece a estender a outros sectores quando esteja em causa a determinação da responsabilidade dos crimes praticados no âmbito empresarial.

¹¹¹ Cf. SCHUNEMANN, Bernd, *Responsabilidad...*, *ob.cit.*, p. 12. Este autor ilustra esta tendência apoiando-se sobretudo nos artigos 28º do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional e 12º do Corpus Iuris na versão de Florença que responsabiliza o superior por todos os delitos cometidos pelos seus subordinados. Ainda, SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade...*, *ob.cit.*, p. 1007 e CONDE, Francisco Muñoz, *Problemas...*, *ob.cit.*, p. 77.

¹¹² Neste sentido, CÉPEDA, Ana Isabel Pérez. *Criminalidad de empresa: problemas de autoria y participación* in Revista penal Número 9, 2002, p.120. Segundo esta Autora, “*A decisão de cometer o*

dos fatos cometidos pela sociedade com uma pena acessória ou dependente da do executor, o que poderia levar a uma solução francamente insustentável em que autor fosse impune pelo crime que desenhou.

§ 1.2.1. Autoria Mediata

A segunda alternativa do n.º1 do artigo 26.º do Código Penal qualifica como Autor quem executa o facto “*por intermédio de outrem*”. Segundo aos ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS¹¹⁴, existe nesta figura, por um lado, um “*homem-de-trás*”, o verdadeiro autor, e por outro, o “*homem-da-frente*”, ou seja, o executor, utilizado por aquele como um “*instrumento*” para a prática do crime. Atendendo à teoria do domínio do facto, seguida hoje pela maioria da jurisprudência¹¹⁵ e doutrina, na hipótese ora em estudo, o “*homem-de-trás*” possui sobre o executor o domínio da vontade, que poderá ocorrer em caso de coação, inimputabilidade ou quando a sua ação é dominada por um erro induzido pelo autor.

Tendo em conta as características típicas que se verificam no contexto societário, principalmente no âmbito das grandes sociedades, ditadas sobretudo em razão da divisão do trabalho e, conseqüente subordinação jurídica e cada vez mais económica, os executores destes crimes podem não ter a perceção que estão a praticar um ilícito penal quer porque se cingem mecanicamente a “cumprir ordens”, sem questionar a sua licitude, quer porque tal procedimento já integra a prática comum daquela empresa. Daqui resulta que, principalmente no seio empresarial, não é necessário o exercício de coação ou de engano¹¹⁶ por parte do que detém o domínio de facto sobre o executor, pois basta, como sublinha GERMANO MARQUES DA SILVA¹¹⁷, que aquele exerça suficientemente uma “*influência sobre a situação fáctica em que o agente instrumento atua*” de modo que não se possa afirmar que este tenha atuado com dolo.

crime fica nas mãos do executor, o que sem dúvida supõe um afastamento da conduta dos administradores relativamente à lesão do bem jurídico.”

¹¹³ Neste sentido, cfr. CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa, p. 175.

¹¹⁴ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob.cit.*, p. 776.

¹¹⁵ Ver, entre outros, Ac. TRP de 8 de Julho de 2015, Proc. n.º 15/14.1PEPRT.P1: “*Em face da teoria do domínio do facto, que o art.º 26.º do CP consente, autor é, quem domina o facto, quem dele é «senhor» quem toma a execução «nas suas próprias mãos» de tal modo que dele depende decisivamente o «se» e o «como» da realização típica. (...) A autoria mediata é caracterizada pelo domínio da vontade do executante.*”

¹¹⁶ Ainda neste sentido, BALESTRINO, Ubaldo Giuliani, *ob.cit.*, p. 153. Este Autor integra na categoria de autoria mediata as condutas realizadas por engano, ameaça ou “*ordem vinculante*”.

¹¹⁷ Vide SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p. 364.

Neste grupo de casos, o verdadeiro autor do crime é o gestor, pois é este que executa o crime, embora por intermédio de um “instrumento”.

§ 1.2.2. Instigação

É ainda punível como Autor quem “(...) *dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*”¹¹⁸. Independentemente da discussão acerca da qualificação da instigação como forma de autoria ou de comparticipação *stricto sensu*, do que ora se trata, *ipso iuris*, é da “*corrupção de um ser humano livre com vista à produção de um resultado jurídico-penalmente proscrito: o instigador consegue transferir, com sucesso, as suas intenções delitivas para o autor (executor) do facto, que atua porém, livremente, nunca deixando de ter, conseqüentemente, o domínio deste.*”¹¹⁹

Nestes termos, como decorre da própria lei, instigador é aquele que “*determina*” no executor a decisão de praticar um ilícito penal, de tal modo que se possa afirmar que este apenas o praticou exclusivamente por causa daquele¹²⁰ embora, e em contraposição com a autoria mediata, não implique a exclusão da responsabilidade deste último, uma vez que este atua com consciência do ilícito penal, ou seja, age com culpa, quer esta assuma a forma dolosa ou negligente. Ora, se assim é, dificilmente seria de afastar a responsabilidade do gestor como autor do crime. Como explica FIGUEIREDO DIAS, que integra a figura da instigação como forma de autoria¹²¹, embora se possa assumir como culposo o comportamento do executor, é inequívoco que o verdadeiro ou principal autor, *i.e.*, o instigador, permanece como “*figura central*” do acontecimento, precisamente porque a decisão traduzida no facto ilícito que vem a ser executada posteriormente foi criada por aquele.

Um breve parêntesis para salientar que, embora se requeira que o executor aja com dolo, não se exige que conheça detalhadamente todas as circunstâncias do ilícito penal, bastando que satisfaça dolosamente, com conhecimento de facto, o pedido emanado pelo autor. O mesmo se aplica quanto à atuação por negligência, com a

¹¹⁸ Como resulta da leitura do art. 26.º do CP.

¹¹⁹ Vide, entre outros, ver Ac. do TRC de 23 de Maio de 2012, Proc. n.º 67/09.6GAAVZ.C1.

¹²⁰ Segundo FIGUEIREDO DIAS “*o instigador possui, deste modo, o domínio do facto, agora e aqui sobre a forma de domínio da decisão*”, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob.cit.*, p.800.

¹²¹ Este Autor distingue, dentro da figura da Instigação, *instigação-autoria* e *instigação-cumplicidade*, sendo da primeira alternativa que tratamos.

ressalva que não será suficiente para os responsabilizar pela maioria dos crimes fiscais, uma vez que estes exigem que o agente atue com dolo.

Considerando o natural funcionamento empresarial, podemos conceber que a figura da autoria-instigação poder-se-á verificar com alguma frequência nesta sede, no âmbito da qual, devido à relação de hierarquia existente, os trabalhadores, como por exemplo um Oficial de Contas, será levado a obedecer ao órgão de administração embora reconheça, em maior ou menor grau, que o seu comportamento reveste de ilicitude.¹²²

§ 1.2.3. Coautoria

Constituindo porventura a situação mais corrente em sede societária, temos a figura da coautoria, que se assiste quer entre os vários gestores que integram o órgão de administração quer quando estes acordam com os executores a prática do crime.

Resulta do artigo 26.º do Código Penal que é punido como autor “*quem toma parte direta na sua execução, por acordo ou conjuntamente com outro ou outros*”. Nesta hipótese, e ao contrário das anteriores, o executor age *conjuntamente* com o superior hierárquico, havendo deste modo, utilizando a expressão de FIGUEIREDO DIAS¹²³, um “*condomínio do facto*”: cada um dos autores exerce um “*domínio funcional do facto*” no planeamento e distribuição de tarefas.

Porém, é face a este grupo de casos que a questão assume complexidade acrescida. Como acima se referiu e considerando, uma vez mais, a título de exemplo a Fraude Fiscal, a decisão e a execução que se consubstancia na entrega da declaração à Administração Tributária, dão-se em momentos fracionados, passando por várias estádios, sendo que aqueles que participaram quer de forma ativa quer omissiva na planificação e/ou decisão fraudulenta não se acham no momento da execução. Ora, parece resultar do artigo 26.º daquele diploma que, para que o agente seja considerado

¹²² Em sentido contrário, CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa, *ob.cit.*, p. 177, considera que todos, inclusive o executor, deverão ser punido em coautoria, uma vez que têm o domínio da organização.

¹²³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob.cit.*, p.805.

coautor, tenha de se verificar, para além do acordo comum na realização do ilícito¹²⁴, a presença de todos os agentes na sua execução.

Todavia, esta exigência não se compadece com a forma de realização da grande maioria dos crimes económicos, com as inerentes particularidades que temos vindo a elencar, em que a execução traduz as mais das vezes um *minus* face à decisão final. Neste sentido, com MUÑOZ CONDE¹²⁵ e alguma jurisprudência¹²⁶, também entendemos que o *domínio funcional do facto*¹²⁷ que fundamenta a coautoria também se pode dar na fase preparatória, no momento da decisão que configura a procedente execução da mesma, estando “*tão intimamente ligada a ela que deve ser valorada como um todo, numa consideração global do evento*”. Não nos parece, assim, ser necessária a presença física dos gestores no momento da execução do crime, bastando o domínio de fato que estes detém sob a execução¹²⁸, quer seja concretizada por um terceiro quer por um dos gestores¹²⁹.

Finalmente, sendo o órgão de administração de composição colegial, serão qualificados como coautores todos os membros que participaram quer de forma ativa¹³⁰ quer omissiva¹³¹ na produção do evento ilícito, nos termos do preceito sob análise e de acordo com o exposto no capítulo anterior.

¹²⁴ Notar, porém, que este acordo pode ser tácito, tal como defende a maioria da jurisprudência. Cfr. Entre outros, Ac. STJ de 19 de Outubro de 1992, Proc. n.º 043643, onde se exige apenas a “existência da consciência e vontade de colaboração dos vários agentes na realização do crime.”

¹²⁵ Cfr. CONDE, Francisco Muñoz, *Problemas..., ob.cit.*, p. 94. Também, CAVERO, Percy Garcia, *ob.cit.*, p.74.

¹²⁶ Vide ac. TRE de 5 de Março de 1985, segundo o qual “*é co-autor de um crime todo aquele que deu causa à sua realização, mesmo que não tenha tomado parte directa nos seus actos de execução*”. Apud GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português- Anotado e Comentado*, 18.ª ed., 2007, pp. 143 e 144 e ainda, na jurisprudência espanhola, o “*Caso Banesto*”, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Penal de 29 de Julho de 2002, Sentença n.º 867/2002, p. 137, segundo a qual “*desde a perspectiva da determinação da autoria pelo domínio funcional do facto, não há dúvida que os acusados tiveram uma participação directa na elaboração (...) embora se tenha materializado por pessoas distintas.*”

¹²⁷ Neste sentido, vide ac. STJ de 15 de Abril de 2009, Proc. n.º 09P0583, segundo o qual o domínio funcional do facto consiste no “*domínio da sua função, do seu contributo na realização do tipo, de tal forma que, numa perspectiva ex ante, a omissão do seu contributo impediria a realização do facto típico na forma planeada*”.

¹²⁸ Como bem ilustra BRITO, Teresa Quintela de Crime *Crime..., ob.cit.*, p. 931, o gestor “*co-decide o “se” do crime, que só vem a ser realizado porque o dirigente deliberadamente “olha para o lado”, fingindo que nada se passa*”.

¹²⁹ Notar, porém que, quando executada por um dos gestores, CÉPEDA, Ana Isabel Pérez. *Criminalidad de empresa: problemas de autoria y participación* in Revista penal Número 9, 2002, p.120, defende que todos são responsáveis em coautoria. Ao invés, quando executada por um terceiro subordinado, os gestores considerados meros cúmplices. Cfr..

¹³⁰ Neste sentido, ac. STJ de 15 de Abril de 2009, Proc. n.º 09P0583, “*o planeamento de um crime por várias pessoas reunidas em conjunto constitui uma decisão coletiva que responsabiliza cada uma das pessoas intervenientes*”.

Cumpra realçar ainda, relativamente à responsabilidade dos executores, que estes poderão ser punidos como coautores do crime ainda que se trate de um crime próprio, nos termos gerais do artigo 28.º, n.º1 do CP, a qualidade de administrador é comunicável ao trabalhador/subordinado que não a possui, para efeitos de punibilidade.

§ 1.3. Começo da tentativa

Como atrás referimos¹³², constituindo os atos que integram uma deliberação atos meramente preparatórios, logo, não puníveis, cabe-nos interrogar se a resposta se mantém quanto ao resultado dessa soma de atos que se irão consubstanciar numa decisão final, cujo tipo de ilícito exige a sua execução para se consumar. Por outras palavras, a partir de que momento é que se inicia a tentativa do crime objeto da deliberação: com a decisão ilícita ou com – pelo menos – o início da execução? A pertinência da resposta a dar prende-se com o seu consequente resultado: da responsabilidade ou irresponsabilidade por tentativa daqueles que contribuíram para a decisão.

De acordo com a maioria da doutrina, tanto nacional¹³³ como estrangeira¹³⁴, apenas será relevante o modo pelo qual o órgão conformou a sua vontade quando a decisão é posta em prática. Apenas a partir deste momento, quando se iniciam os atos executivos, ora praticados normalmente pelos trabalhadores subordinados da sociedade em questão, é que se poderá indagar a cerca da responsabilidade daqueles que a decidiram, *i.e.*, dos gestores. De acordo com esta posição, defendida entre outros, por JAKOBS¹³⁵, a tentativa dos que intervêm antes da execução apenas poderá ter início com a tentativa do executor, pois toda a conduta prévia permaneceu prévia e a tentativa deve começar para todos quando a “*obra comum*” se exteriorize, uma vez

¹³¹ Como decorre do exposto no capítulo anterior, para serem considerados coautores do crime não se exige que os membros do órgão tenham atuado positivamente. Neste sentido, cfr. Ac. STJ de 26 de Fevereiro de 2009, Proc. n.º 08P3547 e ainda BRITO, Teresa Quintela de, *Crime...*, *ob.cit.*, p. 925.

¹³² Supra Cap. III, ponto 2.1.2.

¹³³ SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, pp. 399 e 400.

¹³⁴ Ver, entre outros, CÉPEDA, Ana Isabel Pérez, *ob.cit.*, p. 195, JAKOBS, Gunther, *Responsabilidad...*, *ob.cit.*, p.77, CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa, *ob.cit.*, p. 179.

¹³⁵ Cfr. JAKOBS, Gunther, *Responsabilidad...*, *ob.cit.*, p.77.

que a decisão representa tão-só uma conduta atípica e “*não se pode punir o pensamento*”¹³⁶.

Da nossa parte não nos parece que se possam acompanhar estas considerações. Atendendo por um lado, à certeza da posterior execução da decisão por força do fiel cumprimento das ordens pelos trabalhadores subordinados, decorrente da própria natureza e funcionamento intrínsecos às estruturas organizativas da maioria das sociedades e por outro, ao sentido literal do artigo 22.º do Código Penal, somos levados a crer que, se os atos que envolvem uma deliberação constituem atos meramente preparatórios, ausentes de qualquer relevância penal, pelo contrário, a decisão em si, ou seja, o resultado da votação no sentido da prática de um ilícito criminal, reveste suficiente relevância penal uma vez que já põe em causa de forma iminente o risco de lesão do bem jurídico em causa.

A este respeito, é o que resulta do n.º1 do artigo 22.º deste diploma: Dá-se a tentativa de um crime quando “*o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se.*” A continuação, o n.º2 clarifica-nos com o que é que se entende por “*atos de execução*” sendo que, para o que ora nos importa, resulta da alínea c) “*Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores*”. Face a uma decisão emitida pelo órgão de administração, o espectável será que esta venha a ser efetivamente cumprida. É o que ocorre e o que se espera que ocorra no quotidiano empresarial.

Em suma, na esteira de IVÁN MÉNDEZ¹³⁷, não se podem tomar por irrelevantes as decisões “*cuja execução não oferece dúvidas sobre a iminente e concreta lesão de bens jurídicos*”.

¹³⁶ Vide CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa, *ob.cit.*, p.179.

¹³⁷ MÉNDEZ, Iván Fabio Meini, *ob.cit.*, p.307.

CONCLUSÕES

A sociedade representa uma fonte de perigos tanto maior quanto mais alargado for o número de agentes que a integram, uma vez que acresce a facilidade para a prática de crimes e, devido aos vários interesses que no seio desta se geram, para a ocultação dos mesmos. Porém, apenas alguns têm a capacidade para a vincular para além dos seus próprios muros: os gestores. É através destes que a pessoa coletiva ganha corpo e se manifesta no seio social, económico e jurídico. Aquele a quem é confiada a administração da sociedade, para além das tarefas inerentes ao cargo, encontra-se impelido em evitar que a vontade coletiva, por si representada, revista qualquer conotação penal.

Para além de lhe ser imputada a conduta assumida em sede deliberativa, ainda que não se encontre no momento da sua execução, o gestor, ao pertencer a um órgão colegial, não vê o seu dever de garante reduzido, antes pelo contrário, aumenta. O gestor não tem de controlar apenas as consequências que possam decorrer do seu âmbito de competência e dos atos dos seus subordinados, mas também dos restantes administradores. Isto não põe em causa o princípio da confiança que sustentámos presidir no seio societário e muito menos que se estenda o controlo que cada um detém ao âmbito de competência dos demais, mas forçosamente acarreta que, ainda que os gestores não tenham participado no planeamento de um crime e não recaia na sua competência específica o conteúdo do mesmo, este será também responsável se teve conhecimento da sua prática e, ainda assim, nada fez, violando o seu dever de diligência imposto pela qualidade que arroga.

Este será responsável, nestes termos, não por possuir a qualidade de gestor da sociedade ou por integrar um órgão colegial, mas porque a sua conduta – ou ausência desta – ao violar a posição de garantia que acompanha o cargo de gestor que este aceita representar, o colocou na figura de autor do crime.

Se, como se começou por dizer, o Direito penal clássico não prevê diretamente algumas das questões por nós tratadas, cremos ser de concluir a sua exequível adaptação quando acompanhada do devido esforço doutrinário e conjugado com as regras que decorrem do Código Das Sociedades Comerciais.

Resta-nos apenas esperar por futuros desenvolvimentos jurisprudenciais que permitam suportar o que visámos expor com a presente dissertação bem como elucidar a contínua análise que este tema merece.

BIBLIOGRAFIA

I) DOUTRINA

ACHENBACH, Hans, «Sanciones com las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho Alemán» in *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995.

ALBERGARIA, Pedro Soares de, «A posição de garante dos Dirigentes no âmbito da criminalidade de empresas» in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, Fasc. 4.º, Outubro-Dezembro, Coimbra Editora, 1999.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale, legge complementari, vol. I, Reati societari e bancari*, Dott. A. Giuffrè Editore, multa pvcis, Ag. Milano, 1993.

BALESTRINO, Ubaldo Giuliani, *I problemi generali dei reati societari*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo, “*Responsabilidade*” *penal económica e fiscal dos entes colectivos. À volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial*, Almedina, Coimbra, 2004.

BLASCO, Bernardo del rosal, *Los delitos societários en el código penal de 1995*, Tirant lo Blach, Valencia, 1998.

BRITO, Teresa Quintela de, «A determinação das responsabilidades individuais no quadro de organizações complexas» in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, (Coord. Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes), Coimbra Editora, 2009.

- «Domínio do facto, organizações complexas e autoria dos dirigentes» in *Direito Penal Económico e Financeiro*. (Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento) Coimbra Editora, 2012.
- «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, Coimbra, Almedina, 2009.

CARVALHO, José Manuel Tomé de, «Breves Nótulas sobre a natureza jurídica da responsabilidade dos titulares de órgãos sociais das pessoas colectivas in Fiscalidade» in *Revista de Direito e de Gestão Fiscal*, Número 11, Julho de 2002.

CAVERO, Percy García

-«La responsabilidade penal por decisiones colegiadas en el ámbito de la empresa» in *Derecho y Sociedad*, Asociación Civil, n.º 39, 2012.

CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa, «La responsabilidade penal del empresário, mando intermedio y subordinado por los delitos cometidos aprovechando la estructura de la empresa» in *Rivista Trimestrale di Diritto penale dell'economia* (Diretta da Giuseppe Zuccalà), Anno XXIII, N.º 1-2, Gennaio-Giugno, 2010.

CÉPEDA, Ana Isabel Pérez, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1997.

– *Criminalidad de empresa: problemas de autoria y participación* in *Revista penal* Número 9, 2002.

CERQUELLA, Cristóbal Javier Cantero, *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*, Colección Derecho Penal, 1ª edición, 2010.

CONDE, Francisco Muñoz, «Delitos societários» in *La reforma de la Justicia penal, Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Col·lecció Estudis jurídics, 1997.

– «Delincuencia económica: Estado de la cuestion y propuestas de reforma» in *Hacia un derecho penal económico europeu* Jornadas en honor del professor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 1995.

– «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico o como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica» in *Revista penal*, Número 9, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz / HASSEMER, Winfried, *La responsabilidad por el produto en derecho penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

CORDEIRO, António Menezes, «Os Deveres fundamentais Dos Administradores Das Sociedades» in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Setembro 2006.

- *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, LEX-Edições jurídicas, Lisboa, 1996.
- COSTA, José Faria, «La responsabilidad jurídico penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridade en las personas colectivas a la luz del Derecho penal)» in *Fundamentos De Un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Barcelona, 1995.

CRESPI, Alberto, «Le ripercussioni sulla attività económica degli interventi del giudice penale» in *Rivista delle società*, Anno 26, Gennaio-Aprile, 1981.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I: Questões fundamentais. A doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007

DOMINGUEZ, Valentin Cortés, «Responsabilidad de los administradores societarios y carga de la prueba» in *Revista general de legislación y jurisprudência* Madrid, Época 3, ano 146, n.º2, Março-Abril, 1999.

ECHEGARAY, José Luis Díaz, *Responsabilidad penal de los socios y administradores*, Editorial Montecorvo, S.A, 1997.

ENTERRÍA, Javier Garcia de, *Los delitos societários: un enfoque mercantil* in *Estudios de Derecho Mercantil*, Civitas, 1ª Edição, Madrid, 1996.

ESCAMILLA, Avelina Alonso de, *Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades*, Tecnos, Colección Jurisprudencia práctica, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

GARRETA, José Maria Such, *La responsabilidade civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995.

GENNAI, SARA/ TRAVERSI, ALESSANDRO, *I dilitti tributari: Profili sostanziale e processuale*, 2ª edizione, Giufrè Editore, 2011.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português, Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 18ª edição, Almedina, 2007.

GONÇALVES, Pedro Correia, «A responsabilidade por omissão dos administradores e gestores empresariais» in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano 19, n.º 4, Outubro-Dezembro 2009.

GONZALEZ, María Paz Batista, «La responsabilidad penal de los órganos de la empresa» in *Curso de Derecho Penal Económico*, Director Enrique Bacigalupo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999.

GOTI, Jaime Malamud, *Persona jurídica y penalidade: El estado actual del derecho penal administrativo frente a la responsabilidad de la persona jurídica y sus directivos por las acciones de los gerentes*, Editorial Depalma, 1981.

IADECOLA, Gianfranco, «Considerazioni in tema di responsabilità penale del segretario comunale per le deliberazioni illecite degli organi collegiali comunale» in *La giustizia penale*, Roma, Parte II, Gennaio, 1988.

JAKOBS, Gunther, *Derecho penal: Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A, Madrid, 1995.

– «Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos» in *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Coord. Santiago Mir Puig/ Diego Manuel Luzón Peña, J.M Bosch Editor, 1996.

MARTIN, Luis Garcia, «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español» in *Hacia un derecho penal económico europeo/ Jornadas en honor del professor Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid, 1995.

MARTINO, Francesco Marco de, «Sulla responsabilità dei singoli negli organi collegiali» in *La giustizia penale, Diritto Penale*, Parte Seconda, 2008.

MATTA, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do código penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, Coimbra Editora, 2001.

MÉNDEZ, Iván Fabio Meini, «La intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad y responsabilidad penal» in *Ensayos de Derecho Penal*, Lima, 2009.

MENESES, Gonçalo, «Responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização por actos e omissões dos gestores das sociedades comerciais» in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, n.º 4, Outubro – Dezembro 2011.

MILITELLO, Vincenzo, «La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia» in *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez, «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societários» in *Anuario de Derecho penal y ciencias sociales*, Tomo XXXVIII, Fascículo III, Septiembre-Diciembre, 1984.

MUÑIZ, José Manuel Valle in *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Director Quintero Olivares, Editorial Aranzadi, 1996.

NELA, Jose Maria Neila, *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa) – Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios* in Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré, «Sujetos responsables en los delitos societários» in *Revista Penal I*, 1998.

PEDRAZZI, Cesare, «I reati societari in regime di amministrazione collegiale» in *Rivista delle società*, Gennaio-Aprile, Casa Editrice Dott. Antonino Giuffrè, Milano, 1964.

SANCHES, José Luis Saldanha / BARREIRA, Rui, «Culpa No Incumprimento E Responsabilidade dos Gerentes» in *Fisco*, Número 70/71, Maio/Junho 95, Ano VII

SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo, «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas» in *Revista de Derecho Público*, Número 21, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Agosto de 2008.

– «Imputación de hechos delictivos en estruturas empresariales complejas in Centro de Investigación Interdisciplinaria» in *Derecho Penal económico*, 2011.

SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín, «Fundamento y límites del deber de garantía del empresário» in *Hacia un derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del professor Klaus Tiedemann, Universidad Autónoma de Madrid, 1995.

SANCHEZ, Jesus María Silva, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, in *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, (coords. B. Schunemann e J. de Figueiredo Dias), J.M Bosch Editor, S.A.,Barcelona, 1995.

SCHUNEMANN, Bernd, «Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas» in *Temas actuales y permanentes del Derecho penal despues del milénio*, Editorial Tecnos, Colección Ciencias jurídicas, 2002.

– «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación» in *Anuario de derecho penal y ciências sociales*, Tomo LV, Ministerio de la Presidencia, 2002.

SCHUMANN, Heribert, «Responsabilidad individual en la gestión de empresas: Observaciones sobre la «Sentencia Erdal» del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH)» in *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Coord. S. Mir Puig – D. M. Luzón Peña, J.M Bosch Editor, 1996.

SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Universidade Católica, Editora Lisboa, 2009.

SILVA, Isabel Marques da, *Responsabilidade Fiscal Penal Cumulativa das Sociedades E Dos Seus Administradores e Representantes*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2000.

SOUSA, Susana Aires de, «A responsabilidade criminal do dirigente: Algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial» in *Estudos em Homenagem ao Professor Figueiredo Dias*, Volume II., Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

- «A infração fiscal (e a sua natureza) no direito português: breve percurso histórico» in *Boletim de ciências económicas*, vol. LIII, Coimbra Editora, 2010.

TIEDMANN, Klaus, «Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en Derecho comparado» in *Hacia un derecho penal económico europeu/ Jornadas en honor del professor Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid, 1995.

ZUCCALÀ, Giuseppe, «Il delitto di false comunicazione sociale» in *Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza dell università di Padova*, XIII, 1954.

II) JURISPRUDÊNCIA

Acórdão da 1ª Secção do Tribunal Constitucional n.º 432/02, Processo n.º 326/02.

Acórdão da 1ª Secção do Tribunal Constitucional n.º 519/2008, Processo n.º 758/08.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2008, Processo n.º 08P901.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Fevereiro de 2008, Processo n.º 6898/07-9.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Março de 2012, Processo n.º 5209/04.5TDLSB.L1-5.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5 de Novembro de 2012, Processo n.º 253/11.9GACBT.G1.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Julho de 2015, Processo n.º 15/14.1PEPRT.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Maio de 2012, Processo n.º 67/09.6GAAVZ.C1.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Outubro de 1992, Processo n.º 04364

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Abril de 2009, Processo n.º 09P0583

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Fevereiro de 2009, Processo n.º 08P3547