

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE FACTOS NAS SOCIEDADES EM
RELAÇÃO DE GRUPO**

INÊS TAVARES ROSA VIEIRA

Dissertação de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Forenses
Sob a orientação da Professora Doutora Teresa Quintela de Brito

LISBOA

2017

“Os grupos existem, são numerosos e na maior parte dos casos são até dirigidos de forma unitária. Todos existem apesar das normas que permanecem em vigor como os limites de velocidade que ninguém respeita”

CLAUDIO DEMATTÈ,
La gestione dei gruppi: la prospettiva aziendale, 1996.

ÍNDICE

ÍNDICE	3	
ABREVIATURAS	4	
RESUMO	5	
ABSTRACT	6	
PALAVRAS-CHAVE/KEY WORDS	7	
INTRODUÇÃO	8 a 10	
CAPÍTULO I – SOCIEDADES EM RELAÇÃO DE GRUPO		
1. Sociedades coligadas	11 a 12	
2. Grupos de facto <i>versus</i> grupos de direito	13 a 16	
3. Situações de atribuição de responsabilidade à sociedade dominante – análise das normas relevantes do CSC	17 a 20	
4. Imputação de responsabilidade à sociedade-mãe - uma incursão em Direito Comparado	21 a 25	
5. O caso AKZO NOBEL	26 a 30	
CAPÍTULO II - ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE FACTOS NAS SOCIEDADES EM RELAÇÃO DE GRUPO		
1. Objeto do processo vs. facto coletivo	31 a 32	
2. Domínio da organização para a não comissão do facto punível	33 a 51	
3. Comparticipação no facto punível entre sociedades agrupadas	52 a 57	
4. Da alteração substancial de factos		
4.1. Sociedade dominada pela sociedade de topo do grupo.....	58 a 65	
4.2. Comparticipação entre sociedades agrupadas	65 a 71	
4.3. Alteração substancial dos factos na fase da Instrução	71 a 76	
CAPÍTULO III – DO LEVANTAMENTO DO VÉU CORPORATIVO		77 a 89
CONCLUSÃO		90 a 97
BIBLIOGRAFIA		98 a 106
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA		107 a 108

ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

Ac. STJ – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Ac. TRL – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. TRP – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

Ac. TRE – Acórdão do Tribunal da Relação de Évora

Ac. TRC – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra

AA.VV. – Autores vários

Cf. – Conferir

Cfr. – Confrontar

Coord. - Coordenação

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

D. Lgs. - Decreto Legislativo

Ed. – Edição

Et. al – entre outros

I.e. – *id est*

JIC – Juiz de Instrução Criminal

N.º - Número

Op. cit. – *opus citatum*

p. - Página

pp. – Páginas

SGPS – Sociedades Gestoras de Participações Sociais

SS. – Seguintes

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

V.g. – *verbi gratia*

Vol. – Volume

Vs. - *versus*

RESUMO

A expansão dos grupos societários mudou, indubitavelmente, a prática empresarial. A industrialização, globalização, novas políticas e concepções económicas permitiram àqueles que outrora eram simples comerciantes construírem uma maior estrutura de negócio. Tornando-se, os grupos societários, terreno fértil para a designada “criminalidade de empresa”, surgindo a necessidade do Direito Penal se adaptar e abranger as diversas formas da sua aparição penal.

Assim, sempre que, para além de uma interferência legítima na gestão da sociedade dominada num quadro de planeamento estratégico e organizacional (que decorre da própria relação de grupo e da sua razão de ser), a sociedade-mãe vem, de facto, gerindo-a de forma contínua e efetiva. Devendo-lhe, por isso, ser imputada responsabilidade criminal na qualidade de “dona do negócio”, ou seja, porque participa na gestão da sociedade dominada ou porque substitui na gestão os administradores da sociedade subordinada faz com que esta não tenha o domínio da organização para a não comissão do facto punível.

Factos que sendo descobertos pelo Tribunal no decurso de um processo penal podem desencadear uma alteração substancial dos factos constantes no libelo ou no despacho de pronúncia, o que, em última análise, implicará a abertura de um novo inquérito contra a sociedade dominante e a necessária absolvição da filial no processo penal em curso. Ou, por ventura, a condenação de uma ou outra como participantes na comissão do mesmo facto punível, quando a acusação se dirija apenas contra uma delas. Não se abrindo mão de desideratos e princípios basilares do nosso Processo Penal.

Concluindo-se que o levantamento do véu corporativo é o mecanismo dogmaticamente adequado a proteger a sociedade dominada, quando se prove que esta não se conduz/organiza autonomamente. Visando alcançar a sociedade dominante que a hetero-administra e a quem é censurável a prática do crime, respeitando-se, assim, todos os critérios jurídico-penais de imputação de responsabilidade às pessoas jurídicas vertidos no artigo 11º do Código Penal.

ABSTRACT

The expansion of corporate groups, undoubtedly, changed business practice. Industrialization, globalization and new political and economic conceptions, allowed those who once were simple merchants to build an ever-increasing business structure. Becoming, corporate groups, breeding ground for the designated "corporate crime", emerging the need of Criminal Law adapt itself and cover the various forms of its legal appearance.

So, where, in addition to a lawful interference in the management of the dominated company in a framework of strategic and organizational planning (which arises from the group relationship and their *raison d'être*), the parent company comes, in fact, managing it continuously and effectively. And must be attributed criminal responsibility to her as the "business owner", because participates in the management of dominated society or because overrides in the management of the subsidiary company their administrators. Therefore, the dominated company doesn't have the domain of the organization for the commission of the crime.

Facts that being discovered by the Court during criminal proceedings may trigger a substantial change of the facts contained in the indictment or in the pronouncement, which ultimately will lead to the opening of a new investigation against the parent company and the required absolution of the subsidiary company on the ongoing criminal process against her. Or, perchance, the charge of one or another companies as co-participants in the commission of the same fact, when the charge proceeds only against one of them. Not giving up of aims and basic principles of our Criminal Process.

Concluding that, the lifting of the corporate veil is the appropriate mechanism to protect dominated company, when proven that she doesn't leads or organizes independently. In order to reach the parent company that runs and manages her and who is objectionable by practice of the crime, thus respecting all legal criteria of attribution of criminal responsibility to legal entities, shed in article 11 of the Penal Code.

PALAVRAS-CHAVE

KEYWORDS

Grupos de sociedades

Corporate groups

Grupos de facto

De facto groups

Responsabilidade criminal sociedade-mãe

Criminal liability of the parent company

Alteração substancial de factos

Substantial change of facts

Levantamento do véu corporativo

Lifting of the corporate veil

INTRODUÇÃO

Os grupos de sociedades mudaram, indubitavelmente, a prática empresarial. A industrialização, as novas concepções políticas e económicas aleadas à crescente globalização do mercado trouxeram consigo um conjunto de novas possibilidades que permitiram a criação de novas estruturas corporativas, interligadas, com propósitos idênticos e sob a mesma direção.

Este particular modo de junção societária decorre, muitas vezes, da necessidade de fazer face a problemas de descentralização ou desconcentração das atividades das sociedades, seja por razões de dispersão geográfica ou exigências de especialização, impondo-se a criação de sujeitos corporativos separados, sem, no entanto, tal aglomerado deixar de constituir uma “unidade económica e de decisão”. Esta unidade implica tão-somente a coordenação de forma centralizada de políticas de estratégia empresarial e organizacional das sociedades, perseguindo estas a satisfação de interesses pertencentes a todo o grupo.

Afirmam-se, assim, os grupos de sociedades como atores centrais do panorama económico-financeiro.

A integração de uma sociedade num grupo societário constitui inevitavelmente um ambiente pernicioso, ficando exposta à intromissão de vontades e interesses alheios. A sociedade dominada, *grosso modo*, perderá a sua capacidade de autodeterminação enquanto entidade económica independente, podendo, no limite, tornar-se numa extensão dos interesses corporativos e da vontade da sociedade-mãe, e a razão de ser da empresa policorporativa deixa de ser a da prosperidade e crescimento individuais para passar a ser um meio atreito para o sucesso da sociedade-mãe.

Atuando a sociedade-filha como uma “marioneta”, com manifestação de vontade exígua, tornando-se a sua organização numa potencial fonte para a prática de ilícitos criminais cuja vontade deriva da sociedade-mãe que se escuda nas suas filiais, nas suas personalidades jurídicas e aparente autonomia para a prossecução dos seus interesses, convocando tal situação problemas dogmáticos prementes.

O Direito teve, portando, de se adaptar ao crescimento deste novo fenómeno, criando um regime legal que fosse capaz de regular as relações intragrupo, bem como salvaguardar a posição daqueles que ocupam um lugar de

desvantagem face à estrutura plurissocietária (nomeadamente credores, trabalhadores ou sócios minoritários) bem como de proteção dos bens jurídicos que possam ser afetados pela sua atuação.

O risco que se pretende prevenir é o que através da atuação de múltiplas sociedades se acabe por perder o fio condutor da sua gestão e controlo, numa estrutura em cascata, em que a procura pelas pessoas físicas/jurídicas que efetivamente detêm as rédeas do grupo se torne obstaculizada.

Certo é que ao longo do tempo as soluções contidas no Código Penal se mostravam insuficientes para abranger as diversas formas de aparição penal dos grupos societários, tornando-se manifesta a necessidade político-criminal de encontrar estruturas de imputação capazes de atribuição de responsabilidade criminal, nomeadamente um “centro de decisão”, que embora não participando na comissão do facto, domina a organização do qual este emerge.

No que respeita ao direito penal substantivo e processual apresentam-se importantes e complexos aspetos inerentes ao funcionamento dos grupos de sociedades, surgindo sérios obstáculos à apreciação da autoria, participação e imputação do ilícito no seu seio. Representando, os grupos societários, uma significativa fonte criminógena, em particular a nível económico-financeiro.

Neste âmbito assume fulcral importância o conceito de grupos de facto, onde o poder de direção unitária é efetivamente exercido, e aqui deparamo-nos com uma ausência de estatuto normativo, no âmbito do direito societário, pois o Código das Sociedades Comerciais (doravante, CSC) não regula os grupos de facto, sendo emergente uma solução legislativa que regule este fenómeno de modo coerente e exaustivo, abrangendo todos os aspetos que possam surgir com relevância para o Direito. Não obstante a escassa ou insuficiente disciplina legal, o próprio modo de funcionamento e organização plurissocietária representa, *per se*, um obstáculo à imputação da correspondente responsabilidade criminal, pela sua natural complexidade organizativa, pluralidade de níveis de controlo e pela multiplicidade de setores de funcionamento, o que torna laboriosa a descoberta de quem cunhou o facto punível.

Assim, pretende-se realizar uma breve incursão no fenómeno dos grupos, as suas diferentes aceções e formas de constituição, e qual a relevância que tal distinção assume a nível de responsabilidade penal das pessoas coletivas.

No panorama traçado cumpre, então, analisar os critérios de atribuição de responsabilidade penal à sociedade-mãe, auxiliando-nos nas soluções apresentadas pelo Direito Civil, Direito Europeu da Concorrência e de alguns ordenamentos jurídicos europeus.

Aqui chegados, analisaremos as vias processuais penais disponíveis para a resolução da questão, nomeadamente, o regime de alteração dos factos constantes na acusação ou na pronúncia quando em julgamento ou em sede de instrução se chegue à conclusão que a sociedade trazida a juízo é, afinal, completamente dominada pela sociedade-mãe de todo o grupo ou quando se descubra a comparticipação entre sociedades agrupadas na comissão do mesmo crime.

Pois que, a descoberta de uma efetiva participação por parte da sociedade-mãe, na gestão da sociedade dominada, seja porque, por exemplo, participa na escolha dos seus administradores, emite diretivas e instruções que se traduzem num mecanismo de condução social daquela (comprimindo a sua autonomia e capacidade decisória) ou porque substitui na gestão os administradores da sociedade subordinada, suscitam a discussão da adequação da punição ou censura penal de entes jurídicos que não se determinam autonomamente, nem autoconduzem, sendo hetero-administrados e autoconduzidos. Perscrutando, a par disto, se estas adições/alterações factuais podem suscitar uma alteração substancial e as respetivas consequências processuais para as sociedades envolvidas.

Sopesadas todas estas variantes, finalizar-se-á este trabalho com uma referência às soluções disponíveis no nosso ordenamento jurídico que permitam a proteção da sociedade dominada e responsabilização da sociedade dominante, mormente o recurso ao instituto da desconsideração da personalidade coletiva, ponderando a sua aplicação no âmbito da responsabilidade penal nos grupos societários, tendo sempre presente o respeito pelos princípios que moldam o direito societário e o Processo Penal.

CAPÍTULO I - SOCIEDADES EM RELAÇÃO DE GRUPO

1. SOCIEDADES COLIGADAS

As sociedades coligadas são reguladas, de forma geral, no Título VI do Código das Sociedades Comerciais que regula quatro tipos de relações de sociedades coligadas: (i) relações de simples participação; (ii) relações de participações recíprocas; (iii) relações de domínio e (iv) relações de grupo (*de jure*), que incluem as situações de domínio total (inicial ou superveniente), contrato de grupo paritário ou contrato de subordinação.

Para esta análise ficarão de fora os conceitos de sociedades em relação de simples participação (artigo 483.º do CSC) - quando uma delas detém 10% ou mais do capital social de outra, com a qual não está coligada de outro modo - e sociedades em relação de participações recíprocas (artigo 485.º do CSC) - quando se verifica o cruzamento de participações de 10% do capital social, ou mais - pois nestes casos de coligação, não existe uma predominância de uma sociedade sobre outra(s), condição necessária para a análise da imputação de responsabilidade penal à sociedade dominante por factos ilícitos cometidos dentro da organização da sociedade dominada (que irrompam desta).

A relação de domínio (artigo 486.º do CSC) verifica-se quando uma sociedade (dominante) exerce, direta ou indiretamente, influência determinante sobre outra(s). A configuração legal da relação de domínio não exige o exercício efetivo do poder de influência dominante. Isto é, encontramos-nos perante uma relação de domínio “quando exista a mera possibilidade de uma sociedade exercer sobre outra uma influência dominante, não quando essa influência seja efetivamente exercida”¹. Porque é titular de um dos instrumentos de domínio, uma sociedade *tem* o poder de exercer uma influência dominante sobre outra.

¹ MARIA de FÁTIMA RIBEIRO, “Responsabilidades nas relações de domínio”, em III Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2014, p. 433, ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, Código das Sociedades Comerciais Anotado (Org. António Menezes Cordeiro), Almedina, Coimbra, 2009, anotação ao artigo 483.º, nota 13, pp. 1125 e 1126 e JORGE HENRIQUE da CRUZ PINTO FURTADO, Curso de Direito das Sociedades, 3.ª Ed., Almedina, 2000, pp. 361 e 362.

Pelo exposto, entendemos que influência dominante «exprime, nuclearmente, a suscetibilidade ou potencialidade de uma sociedade (dita dominante) impor, com intensidade variável, decisões ou comportamentos a outra sociedade (dominada) (...)»².

Assim, conclui ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, de «modo incisivo: a influência dominante traduz a suscetibilidade de exercício de uma direção unitária das sociedades controladas que, obtendo eficiência operativa tenderá a originar um grupo de facto»³. E, «(...) embora a direção unitária implique um *quid pluris* face ao simples controlo (ou influência dominante), este legitima de facto – embora não *de jure* -, um poder de direção unitária, o que explica que, em diversas legislações estrangeiras se presuma tal direção unitária – e, por essa via, a existência de um grupo (de facto) – a partir da influência dominante ou controlo»⁴.

Este conceito ganha particular relevância aquando do preenchimento das alíneas do artigo 486.º, n.º 2 do CSC, nas quais se consubstancia a relação de domínio. Este preceito normativo estabelece presunções de domínio, tendo como última *ratio* disponibilizar “instrumentos” que permitem preencher o conceito de influência dominante. Nesse sentido, o legislador elencou as situações passíveis de dominância de uma sociedade sobre outra, a saber: a detenção de uma participação maioritária no capital; dispor de mais de metade dos votos e quando haja a possibilidade de designar mais de metade dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização da sociedade dominada.

² ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, Código das Sociedades Comerciais Anotado (Coordenação: António Menezes Cordeiro), Almedina, Coimbra, 2009, anotação ao artigo 486º, nota 15, p. 1139.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

2. GRUPOS DE FACTO vs. GRUPOS DE DIREITO

Os grupos⁵ traduzem-se num conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, embora conservando a sua autonomia jurídica, patrimonial e organizativa⁶, se encontram subordinadas a uma direção unitária⁷ exercida pela sociedade de topo, cabendo aos administradores ou diretores desta o governo absoluto das sociedades-filhas, por lhes competir o exercício na assembleia geral, em representação da sociedade-mãe, do conjunto dos direitos sociais inerentes às participações detidas por esta no capital daquelas (artigo 405.º, n.º 2, do CSC) e, bem assim, o exercício do poder de direção que é atribuído à sociedade-mãe sobre a administração daquelas sociedades (artigos 491.º, 493.º e 503.º, do CSC). *Grosso modo*, nos aglomerados plurissocietários, as decisões que incidem sobre a vida e o destino de todo o grupo passam a estar concentradas nas mãos da administração da sociedade-mãe.

Do exposto, a existência de um grupo pressupõe «a criação de uma estrutura empresarial unitária de carácter duradouro e permanente, apoiada numa direção centralizada que coordena e dirige de modo tendencialmente global a atividade económica das várias sociedades agrupadas»⁸, seja porque se sujeitam a

⁵ O grupo é, segundo a definição avançada por PAULO OLAVO CUNHA, «(...) uma qualquer modalidade mais ou menos estruturada e formalizada de colaboração entre sociedades para a realização de uma finalidade comum. Esta é a ideia de Grupo que se aplica às situações previstas no Código das Sociedades Comerciais; mas de certo modo é também perfeitamente admissível e válida para caracterizar (as chamadas) relações de grupo em sentido puramente económico», em *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª Edição, Almedina, 2012, pp. 956 e 958.

⁶ É certo que na empresa plurissocietária as sociedades agrupadas conservam em pleno a sua personalidade jurídica individual, ou seja, mantêm a respetiva autonomia jurídico-patrimonial e jurídico-organizativa, cf. A este propósito do Ac. do TRC, Processo 2110/09.OT2AVR.C1 de 15-01-2013, (LUÍS FILIPE CRAVO), disponível para consulta em www.dgsi.pt

⁷ Sobre o conceito de direção unitária, FERNANDO CASTRO SILVA, *Das Relações Intersocietárias (Sociedades Coligadas)* em *Revista do Notariado*, Outubro - Dezembro 1986, Associação Portuguesa dos Notários, Lisboa, pp. 488 a 537, «(...) constitui o poder que é atribuído a uma sociedade – principal, dominante ou diretora – de definir a orientação geral do grupo, para tanto podendo coordenar as plurais atividades económicas desenvolvidas pelas sociedades subordinadas, implementar padrões uniformizadores de gestão nomeadamente por meio de manuais, reuniões, regulamentos, etc. (...) A direção unitária é um poder que é conferido à administração de uma das sociedades-membros – a principal ou diretora». Em sentido idêntico, J.M. EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Ed. Comares, 2003, pp. 61 a 68.

⁸ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 67.

uma influência comum, porque uma sociedade participa noutra (ou nas demais) ou porque se subordinam à orientação de uma sociedade⁹.

ANA RITA GOMES de ANDRADE afirma que a sociedade comercial que passa a ser integrada numa organização empresarial de grupo «é comandada por uma cabeça que a utiliza como mais um membro do seu corpo, um corpo composto pelas demais sociedades que domina»¹⁰.

Esta configuração do sistema vigente no CSC Português teve como principais fontes a Lei das Sociedades Anónimas alemã (1965), a *Nona Diretriz das Sociedades Comerciais*, sobre grupos de sociedades (1984), que não chegou a ser aprovada, a Proposta de Lei *Coûté* francesa (1978) e a Lei das Sociedades Anónimas Brasileira (1976). Apesar de tal influência, o legislador português afastou-se destas fontes, mormente no que concerne às sociedades em relação de grupo sendo, todavia, possível vislumbrar pontuais semelhanças com elas.

A lei alemã «(...) assenta na separação primária entre grupos contratuais (*Vertragskonzerne*) e grupos de facto (*Faktischer Konzerne*): os primeiros são aqueles cuja constituição resulta de instrumento especificamente previsto na lei (*maxime* contrato de subordinação – *Beherrschungsvertrag*), enquanto os segundos ocorrem sempre que a direção unitária resulta de instrumento não legalmente tipificado».¹¹ Porém, o CSC não consagra a existência de um grupo de sociedades pela presunção de “domínio”, o que a doutrina alemã qualifica como “grupo de facto” (*Faktischer Konzern*). O CSC português afasta-se da lei alemã pois, por um lado, a influência dominante não permite presumir a existência de um grupo de sociedades, o qual só existe nos casos de domínio total (artigos 488.º a 491.º), de contrato de subordinação (artigos 493.º a 508.º) e de contrato de grupo paritário (artigo 492.º) por outro lado, ressaltando os deveres de publicitação e de aquisição de participações previstos nos artigos 486.º, n.º 3 e 487.º,

⁹ Vide a este propósito MARIA da GRAÇA TRIGO, Grupos de Sociedades, em *O Direito*, Ano 123, Tomo I, Janeiro-Março, 1991, Lisboa, p. 102 «(...) aquelas sociedades que têm entre si ligações que configuram algumas das modalidades de coligação legalmente tipificadas e através das quais se torna possível exercer influência na vida e/ou atividade societária de uma ou mais das sociedades envolvidas, levando o legislador a estabelecer certos limites ou, pelo menos, exigências de transparência no exercício dessa influência».

¹⁰ ANA RITA GOMES de ANDRADE, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente*, 1ª Edição, Almedina, 2009, p. 63.

¹¹ ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, (Org. Menezes Cordeiro), Almedina, Coimbra, 2012, p. 1214.

respetivamente, não associa qualquer regime jurídico à situação de domínio, o que dá origem a importantes lacunas na matéria. Assim, a noção de sociedades em relação de grupo (de direito) apresentada pelo CSC configura apenas três situações: domínio total, contrato de grupo paritário e contrato de subordinação.

Neste particular, importa apurar qual o conceito de grupo relevante para aferir a responsabilidade da sociedade dominante, uma vez que, para tal, e como já se salientou *supra*, é exigida uma participação efetiva (de facto) da sociedade dominante na gestão da sociedade dominada ou a substituição na gestão dos administradores da sociedade subordinada.

Assim, grupo de direito é qualificado como sendo o resultado da utilização de um dos instrumentos jurídicos que a lei taxativamente prevê para o efeito, regendo-se a sua organização e funcionamento por um regime jurídico excecional (artigo 488.º e ss. do CSC). Por seu turno, os grupos de facto definem-se negativamente, isto é, são todas as situações de controlo e direção efetivos de uma sociedade sobre outra (ou outras). Não dispondo, portanto, de regulamentação expressa, ficando sujeitos às regras gerais do direito societário¹². O que significa que aquele poder a existir e a ser exercido apenas o pode ser como um mero poder de facto, ou seja, a sociedade dominada exerce uma direção de facto sobre a sociedade dependente¹³. Não raras vezes «(...) a sociedade dominante exerce um controlo de tal modo abrangente e permanente sobre a administração da sociedade dependente que o interesse social desta última resulta persistentemente prejudicado»¹⁴. Numa perspetiva económica a direção unitária implica a existência de uma política económico-empresarial comum e geral para todo o grupo¹⁵.

A propósito do conceito de direção unitária, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES¹⁶ afirma que este conceito permanece vago e controverso e que, «(...) em termos muito gerais, a ideia de direção unitária surge assim comumente utilizada na

¹² ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 1215.

¹³ Cf., a este propósito JOSÉ FERREIRA GOMES, «*O governo dos grupos de sociedades*», em *O Governo das Organizações. A Vocação Universal do Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 131 e JORGE MANUEL COUTINHO de ABREU, *A responsabilidade civil nas sociedades*, N.º 5 da Coleção, Almedina, 2010, p. 224.

¹⁴ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª Ed., Coimbra, 2002, p. 601.

¹⁵ Cf., neste sentido Ac. do TRE, Processo n.º 136/13.8TTEVR.E1 de 28 de Janeiro de 2016, Relator: JOÃO NUNES, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

¹⁶ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, pp. 113 e 114.

doutrina especializada para designar este processo de transferência da soberania decisória individual das várias sociedades agrupadas para a respetiva sociedade-mãe, e a conseqüente centralização (em maior ou menor grau) do poder último de direção sobre a atividade empresarial dessas mesmas sociedades junto do núcleo dirigente da cúpula grupal».

Destarte, interessa-nos as situações de domínio efetivo (grupos de facto) para se poder responsabilizar a sociedade dominante, pois que, é o exercício efetivo de ingerência na gestão da sociedade dominada que potencia a «perda da sua autonomia, isto é, a sua instrumentalização para a prossecução de um interesse que lhe não é próprio»¹⁷. Não se trata, com efeito, de meras instruções ou exercício de influência na gestão da sociedade dominada, trata-se, sim, de uma verdadeira orientação e obediência às diretrizes de gestão que emanam da sociedade dominante, que orientam e dirigem a gestão daquela, despoletando essa ingerência a discussão da possibilidade de censura da sociedade dominante que, ainda não realizando faticamente o ilícito (visto a prática do facto ilícito-típico não decorrer da sua atividade e não se ter cometido materialmente no seu seio organizacional) é responsável pela exploração-funcionamento criminoso da organização de que é titular (todo o grupo). Podendo ser responsabilizada na qualidade de “dona do negócio” (enquanto senhora da organização coletiva [de todo o grupo] para a comissão do crime), ou seja, porque participa efetivamente na gestão da sociedade dominada ou porque substitui na gestão os administradores da sociedade subordinada fazendo com que a segunda não tenha o domínio da organização para a não comissão do facto punível, questões que se irão abordar adiante.

¹⁷ RUI PEREIRA DIAS, Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas - Uma análise de Direito Material e Direito de Conflitos, Almedina, 2007, p. 62.

3. SITUAÇÕES DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE À SOCIEDADE DOMINANTE – ANÁLISE DAS NORMAS RELEVANTES DO CSC

Cumpra analisar as situações previstas no CSC em que o legislador prevê a possibilidade de atribuir responsabilidade à sociedade-mãe. Como já se deixou dito, as sociedades em relação de grupo (de direito) podem ser constituídas por domínio total (artigo 488º e ss. do CSC) por contrato de grupo paritário (artigo 492º do CSC) ou por contrato de subordinação (artigo 493º e ss. do CSC).

Dispõe o artigo 491º do CSC que (paralelamente à sua aplicação às relações de grupos constituídas por contrato de subordinação) “aos grupos constituídos por domínio total aplicam-se as disposições dos artigos 501º a 504º do CSC e as que por força destes forem aplicáveis”. Ora, do referido artigo 501º¹⁸ resulta uma responsabilidade da sociedade diretora, de forma pessoal e ilimitada, para com os credores da sociedade subordinada, uma vez que, esta responde por todo o passivo da sociedade subordinada, seja esta constituída antes ou depois do contrato de subordinação ou de aquisição do domínio total e até à cessação da relação intersocietária (artigo 496º do CSC).

Note-se que esta responsabilidade ocorre independentemente das dívidas terem sido contraídas como resultado de um efetivo exercício do poder de direção por parte da sociedade-mãe (artigos 493º e 503º do CSC), e, por isso, não carece de carácter ilícito ou culpa. Assim, a simples integração no grupo e a possibilidade de influência por parte da sociedade-mãe constituem fundamento bastante para a tutela dos credores e de atribuição de responsabilidade¹⁹.

Encontra-se igualmente prevista a responsabilidade da sociedade-mãe pelas perdas anuais da sociedade-filha (artigo 502º do CSC, aplicável aos grupos constituídos por domínio total *ex vi* artigo 491º do referido diploma legal), tendo subjacente a proteção do capital desta sociedade, a tutela dos credores, sócios

¹⁸ Responsabilidade solidária, indireta (quanto à obrigação em concreto, ainda que a dominante seja diretamente responsável pela dominada), limitada e objetiva, cfr. ANA RITA GOMES de ANDRADE, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*, 1.ª Ed., Almedina, 2009, pp. 81, 83, 88 e 91 e Ac. do STJ de 31 de Maio de 2005, Processo n.º 05A1413, Relator: FERNANDES MAGALHÃES, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

¹⁹ Cf., sobre este assunto ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, *Manual de grupos de sociedades*, 2016, Almedina, p. 208.

livres ou minoritários²⁰ e exige que a sociedade diretora compense as perdas anuais que se verifiquem na vigência do contrato de subordinação, desde que não tenham sido compensadas pelas reservas constituídas no mesmo período. Esta obrigação existe sem dependência da causa da perda, fruto do poder de direção e sem necessidade de uma intervenção específica lesiva por parte da sociedade-mãe. Sendo suficiente para a obrigação de compensação a vigência do contrato de subordinação ou a relação de domínio total²¹.

Como se acabou de evidenciar, nos grupos de direito vigoram alguns mecanismos de proteção quer da sociedade-filha quer de terceiros afetados pela relação de grupo, que advém da particularidade - e como contrapartida - do chamado "*ius instructionis*", isto é, a emissão de instruções lícitas e vinculantes, por parte da sociedade-mãe, mesmo que estas sejam desvantajosas para a sociedade dependente, conforme previsto no artigo 503º, n.º 2 do CSC.

No tocante aos grupos de facto, formação societária que aqui nos interessa, constata-se que não existem disposições normativas que consagrem a responsabilidade da sociedade dominante, restando-nos considerações de *iure condendo* por forma a preencher o vazio legal existente. Pelo que, terá de se ponderar, tendo presente as particularidades da realidade subjacente, os critérios possíveis de adotar para resolução da questão.

Partindo do exposto, e tendo presente que nos grupos de poder fáctico são emitidas instruções desvantajosas, cabe apurar se a sociedade-mãe pode ser (diga-se, pela sua emissão) responsabilizada. Entende-se que a instrução vinculante é desvantajosa quando é contrária ao interesse da sociedade-filha, tendo por base o critério de um "gestor criterioso e diligente" (artigos 64º e 504º do CSC). Porém, para se aferir da ilicitude da instrução vinculante não se deve ter como referência o interesse individual da sociedade dependente ou da sociedade dominante (nos termos do artigo 64º do CSC), mas antes o interesse do grupo (artigo 503º, n.º 2 do CSC). O interesse do grupo substitui, assim, o interesse da sociedade-mãe ou das sociedades dependentes, como critério de orientação e de validade das decisões de gestão do órgão de administração da sociedade-mãe.

²⁰ De igual modo no Direito Espanhol, vide CÁNDIDO PAZ-ARES, «*Uniones de empresas y grupos de sociedades*», em Revista Jurídica, n.º 1, 1999, pp. 242 e ss.

²¹ Cfr., a este propósito, ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, Manual de grupo de sociedades, Almedina, 2016, p. 234.

E se à luz do interesse do grupo a instrução for considerada ilícita, surge a obrigação desta reparar os prejuízos causados à sociedade-filha. Estamos, então, perante uma situação em que a lei permite o sacrifício do interesse de uma sociedade perante o interesse do grupo de sociedades a que aquela pertence. Todavia, a este sacrifício autorizado do interesse da sociedade dependente, a lei faz corresponder determinadas contrapartidas, que visam acautelar os interesses da própria sociedade-filha, dos seus sócios livres e minoritários, dos seus credores e trabalhadores, como já se deixou patente²².

Pelo que, *grosso modo*, se é legítimo à sociedade-mãe dar instruções desvantajosas à sociedade controlada, também será justo que esta suporte os riscos da relação de grupo (“*ubi commoda, ibi incommoda*”), cabendo-lhe a obrigação de compensar pelos danos e prejuízos causados.

Já quanto à aplicação analógica ou por maioria de razão da responsabilidade por instruções desvantajosas (artigo 501º do CSC) ANA PERESTRELO de OLIVEIRA²³ rejeita esta solução, pois, entende que o escopo da norma *sub judice* não abrange as situações de grupos de facto. Pelo que, quando a emissão de instruções seja ilícita os administradores da sociedade-filha devem abster-se de as executar.

Pode, igualmente, trazer-se à discussão a responsabilidade da sociedade-mãe pela confiança, dado que esta influi com alguma frequência (de forma direta ou indireta) na gestão comercial da sociedade-filha nas mais variadas formas (participação em negociações, autorização de operações, criação de expectativas pela pertença ao grupo, entre outras). Contudo, tal mostra-se inviável, por falta dos pressupostos gerais do direito civil para a aplicação do instituto da tutela da confiança à sociedade-mãe do grupo.

²² ANA PERESTRELO de OLIVEIRA discorda do exposto e entende não existir um “interesse do grupo”, pois que a atuação dos administradores da sociedade diretora reflete apenas o interesse da sociedade-mãe, cf. Código das Sociedades Comerciais anotado, artigo 504.º, notas 13 e 14 e ANA PERESTRELO de OLIVEIRA/ MIGUEL SOUSA FERRO, «*The sins of the son: parent company liability for competition Law infringements*», em Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, n.º 3, Julho-Setembro, 2010, p. 66 e 67.

²³ ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, Manual de grupos de sociedades, Almedina, 2016, p. 273.

Identicamente a aplicação do artigo 83.º/4 do CSC é preterida, uma vez que esta disposição tem como finalidade a responsabilização dos sócios e não o que aqui importa: a responsabilização do ente coletivo (dominante). Por outro lado, tem subjacente a tutela da “autonomia da formação da vontade da sociedade, perante influências violadoras das regras de repartição de competências entre órgãos sociais”²⁴. Dado que, nos grupos de facto, está implícito o exercício de domínio por parte da sociedade-mãe na vida social da sociedade-filha, de influência na sua administração, seja na assembleia geral, através do exercício de voto, ou em matéria de designação e destituição de membros dos órgãos sociais da sociedade-filha (conselho de administração ou gerência). Materializando-se, por exemplo, nas assembleias gerais das sociedades dominadas quando a sociedade de topo se encontre representada através dos seus administradores, enquanto titulares de participações sociais da dominada, exercendo, assim, uma ingerência no seio da sociedade-filha. Outrossim, consiste na possibilidade de designação e destituição (nos termos dos artigos 252.º n.º 2, 257.º e do 403.º, n.º 1 do CSC) dos administradores da sociedade-filha por parte dos administradores da sociedade-mãe. Podendo, ainda, evidenciar outras hipóteses, como: a participação no capital social, a partilha de sede entre as diferentes sociedades do grupo, a mobilidade interna de trabalhadores do grupo, ou a celebração dos contratos de trabalho com uma sociedade, exercendo a sua atividade numa outra sociedade do grupo e sendo a primeira a efetuar os pagamentos dos vencimentos.

Apesar da natureza comercial das disposições e considerações acabadas de tecer não é difícil perceber o significado penal que tal realidade assume, servindo o agrupamento de sociedades, muitas das vezes, para encapotar a realidade criminógena/desleal da organização e funcionamento da sociedade de topo.

²⁴ RUI PEREIRA DIAS, Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas, Coimbra, 2007, p. 114.

4. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE À SOCIEDADE-MÃE - UMA INCURSÃO EM DIREITO COMPARADO

No ordenamento jurídico italiano, a reforma do direito societário deu-se no ano de 2001 com a entrada em vigor do Decreto Legislativo (doravante D. Lgs.) n.º 231/2001 no qual o legislador faz referência expressa aos grupos societários no âmbito do direito penal. Trata-se, no entanto, de uma referência pouco incisiva que não satisfaz as exigências do fenómeno corporativo contemporâneo.

Ponto assente é que apesar de, formalmente, as sociedades do grupo serem juridicamente autónomas e independentes, isso não impede que a atividade de cada uma seja espelho de uma “política de grupo”, definida pela sociedade-mãe. Este fenómeno tem colocado vários problemas no que concerne à responsabilidade penal (e não só, também administrativa e civil) onde a doutrina inicialmente tentou dar resposta, contudo, aguardando por intervenção judicial. A este propósito cabe discutir no âmbito do D. Lgs. n.º 231/2001, de que forma se pode imputar à sociedade dominante um facto ilícito cometido, no seu interesse e benefício, por uma sua filial.

Uma breve adenda no tocante a este diploma, pois que não obstante o seu título referir tratar-se de uma responsabilidade administrativa, a natureza da responsabilidade constitui uma *vexata quaestio* no ordenamento jurídico italiano²⁵.

MAIELLO ²⁶ considera tratar-se, na realidade, de uma verdadeira responsabilidade penal, quer pelos princípios subjacentes, como pelos bens jurídicos protegidos.

²⁵ VINCENZO MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel Decreto Legislativo n.º 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?* em *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2001, p. 879 e ss. Outrossim, GIANLUCA RUGGIERO, *Contributo allo studio della capacità penale. Lo “statuto” della persona física e degli enti*, Torino: Giappichelli Editore, 2007, pp. 94, 164 e 165, defendendo que na impossibilidade de coincidência entre o sujeito do facto (pessoa singular) e sujeito da consequência jurídica (pessoa coletiva) a responsabilidade será administrativa, porque deriva e depende do ilícito penal individual *apud* TERESA QUINTELA de BRITO, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, p. 662 nota de rodapé 1452.

²⁶ Cfr. ENZO MUSCO, *“Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive”*, em *Diritto e Giustizia*, N.º 23, 2001, p. 8. Veja-se, ainda, em sentido próximo C.E. PALIERO, *“Il d.lgs. 8 giugno 2001, n.º 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest”*, *Corriere Giuridico*, 2001, pp. 845 e ss. Em sentido oposto, CARACCIOLI, *“Una sfida*

No mesmo sentido GIANCARLO de VERO²⁷, atento o regime de prescrição previsto no artigo 22º do referido diploma, afirma que tal é o resultado d' «o preciso interesse do ordenamento para tornar mais eficaz a resposta punitiva em relação às pessoas jurídicas e, por conseguinte, enfatizar, ao invés de enfraquecer, a dimensão altamente "criminosa" da sua responsabilidade»²⁸.

Por sua parte TERESA QUINTELA de BRITO²⁹ considera-o um regime híbrido, entre o direito sancionatório de Mera Ordenação Social e a responsabilidade civil extracontratual do ente coletivo por facto danoso de dependente.

Regressando à análise do supradito diploma, este dispõe que a sociedade-mãe pode ser chamada a responder por um crime cometido no âmbito da atividade da sociedade filial, desde que, para a comissão do facto punível contribua uma pessoa física que atue em nome da sociedade-mãe (funcionalmente ligada a esta), prosseguindo o seu interesse. A exigência deste elemento de conexão constitui um obstáculo para a imputação de responsabilidade e tem levado a jurisprudência a contornar esta dificuldade através da presunção que estabelece o administrador da sociedade-mãe (devido ao controlo exercido) como um administrador de facto da sociedade controlada. Contudo, parece-nos que, esta presunção deve ser alicerçada em provas e factos concretos e não de forma estouvada.

Deverá, para tanto, ser feita prova de que o administrador da sociedade de topo exerce de facto um domínio real na gestão da sociedade dominada, devendo tratar-se de uma influência contínua e significativa, que elimina constantemente ou apenas no momento da comissão do crime a autonomia desta, atuando sob o interesse da sociedade-mãe.

diabolica per i magistrati”, em *Il sole 24 ore*, 2001, p. 19, que entende tratar-se de uma responsabilidade administrativa híbrida, que poderia ser chamada apenas de responsabilidade criminal quando o facto ilícito imputável não for culpa de um único líder, mas uma responsabilidade da entidade enquanto tal, isto é, se bem se entende, uma responsabilidade de toda a coletividade.

²⁷ GIANCARLO de VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 320.

²⁸ *Vide*, outrossim, R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 248.

²⁹ TERESA QUINTELA de BRITO, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, p. 269.

Assim, a jurisprudência italiana³⁰ no uso de vários argumentos e presunções estendeu a responsabilidade à sociedade-mãe. Cumpre, a este propósito, analisar a decisão da Corte di Cassazione, sentença n.º 24583, de 18 de Janeiro de 2011, que impede que tal responsabilidade possa ser atribuída com base em presunções gerais, mas, não obstante, reconhece-as em casos específicos. Porquanto, afirma a responsabilidade penal a uma SGPS.

Independentemente da natureza da responsabilidade que se adote, afiguram-se-nos relevantes, para o presente estudo, as questões levantadas e os critérios adotados de atribuição de responsabilidade penal/administrativa à sociedade-mãe por ilícitos cometidos pela sociedade-filha, uma vez que, a decisão exclui a responsabilidade com referência à simples integração numa relação de grupo e, ainda, exclui que o conselho de administração de uma sociedade *holding* possa ser considerado administrador de facto da filial, afirmando a “perigosidade de «atalhos» com vista à responsabilização da sociedade *holding* de um grupo”.

Exige-se, então, que tenha sido cometida uma das infrações previstas no D. Lgs. 231/2001 (*in casu*, tratava-se de um crime de corrupção). O segundo critério prende-se com a exigência do agente da infração (que agiu com o “*animus crimini*”) esteja ligado ao ente, organizacional e funcionalmente. Em suma, é necessário que o agente tenha uma posição qualificada dentro da pessoa jurídica (ou seja, aquilo que no ordenamento jurídico português se entende como “posição de liderança”). O terceiro requisito passa pela exigência da infração ter sido cometida no interesse ou em benefício da sociedade-mãe, que se deverá provar efetivamente. Isto é, quando haja “particular interesse ou vantagem” derivadas da prática da infração. Devendo o Tribunal verificar em concreto se a sociedade recebe, de forma potencial ou real, uma efetiva utilidade com o ilícito (não necessariamente de carácter patrimonial)³¹.

³⁰ Como exemplo, veja-se a decisão da Corte di Cassazione que afirmou a responsabilidade de uma sociedade-mãe por uma infração praticada no âmbito da atividade de uma sua filial, desde que, para a comissão do facto punível contribua uma pessoa física, que aja em nome da sociedade-mãe e no seu interesse. Cf. *Cassazione penale*, Sezione V, 18 de Janeiro de 2011 (publicada a 20 de Junho de 2011), n.º 24583 e, ainda, T.E. EPIDENDIO, *Responsabilità degli enti e gruppi societari*, em Cass. Pen. 2011, p. 4237 e ss.. Para mais desenvolvimento, vide, ELISA SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè-Luiss University Press, Milano-Roma, 2006, pp. 124 e ss.

³¹ Cfr., para mais desenvolvimentos, VINCENZO MILITELLO, “*La responsabilidad penal en los grupos de empresa: la experiencia italiana*”, em CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

O caso levou à interposição de recurso por parte do Ministério Público, fruto de um processo complexo, envolvendo várias filiais, todas elas indiciadas pela prática de corrupção e financiamento ilegal de partidos políticos. Considerou o Ministério Público que o Tribunal não reconheceu, erradamente, que o “*dominus*” do grupo era administrador de facto de todas as sociedades envolvidas. O Supremo Tribunal Italiano julgou o recurso improcedente pois não ficou provado o interesse ou vantagem obtidos e, ademais, o agente da infração não tinha uma posição de liderança dentro da sociedade.

Trata-se de uma decisão que representa no ordenamento jurídico italiano uma relevante fonte de discussão e entendimento da temática. Embora deixando de fora algumas questões pertinentes e determinantes no tocante aos grupos societários, transmite importantes elementos para a análise que adiante importa empreender.

No direito espanhol a responsabilidade penal das pessoas jurídicas surgiu com a reforma ao Código Penal operada pela *Ley Orgánica 5/2010* e encontra-se consagrada no artigo 31º *bis* do Código Penal Espanhol, onde se estabelece que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada por crimes cometidos pelos seus administradores de facto ou de direito, representantes legais e, ainda, por quem estando submetido à autoridade das pessoas acima mencionadas não haja exercido sobre aqueles o devido controlo. O critério apresentado para aferir tal controlo é a percentagem de participação na filial (embora nem sempre uma participação maioritária seja sinónimo de domínio efetivo). Assim, no ordenamento jurídico espanhol, admite-se a extensão de responsabilidade penal à sociedade-mãe quando se acredite que era esta quem tomava as decisões e quem tinha a autoridade necessária para implementar as medidas de controlo necessárias a obstar à prática do ilícito.

(Director), I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico, La Coruña: Universidad da Coruña, 1998 e “*La giurisprudenza penale in tema di responsabilità degli amministratori della capogruppo e delle società del gruppo ex d. lgs. 231/2001*” em Convegno La responsabilità ex D.Lgs. 231/2001 nei gruppi societari, Paradigma, Milano, 2010.

Sobre o tema em análise não existe jurisprudência significativa, *La Fiscalia General del Estado* faz alusão a esta questão na Circular 1/2011³² referindo-se à sociedade dominante como aquela que “ostenta ou pode ostentar, direta ou indiretamente, o controlo de outra ou outras”. Quanto às sociedades meramente instrumentais (“*sociedades pantalla*”), o tratamento adequado passará pelo levantamento do véu corporativo, atuando penalmente apenas contra as pessoas naturais (e crê-se, salvo melhor opinião, quando quem esteja a escudar-se na sociedade instrumental for uma pessoa jurídica, também a estas poderá ser imputado o ilícito-típico punível, como melhor veremos adiante) escudadas na sociedade dominada para realizar os seus próprios interesses.

No ordenamento jurídico espanhol a questão é mais debatida no Direito da Concorrência, onde o artigo 61.2 da *Ley de Defensa de la Competencia* (Ley 15/2007, de 3 de Julho) reconhece a imputação de responsabilidade à sociedade-mãe por infrações praticadas pela sociedade-filial, segundo a qual “a atuação de uma empresa é também imputável às empresas ou pessoas que a controlam, exceto quando o seu comportamento económico não seja determinado por nenhuma delas”.

³² Circular 1/2011, de 1 de Junho, relativa à responsabilidade penal das pessoas jurídicas conforme a reforma do Código Penal Espanhol efetuada pela Lei Orgânica n.º 5/2010, disponível para consulta em www.fiscal.es

5. O CASO AKZO NOBEL

O grupo Akzo Nobel³³ (doravante AKZO) interpôs recurso para o TJUE para a anulação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância (doravante TPI) e consequentemente permitir a anulação da Decisão da Comissão pela qual a AKZO fora condenada por infração única e continuada do artigo 81º do Tratado da Comunidade Europeia (atual artigo 101º do Tratado da União Europeia), no mercado do cloreto de colina desde 1 de Janeiro de 2004.

A Comissão Europeia considerou que os acordos concluídos entre as sociedades do grupo AKZO e outras sociedades produtoras norte-americanas constituíram, pela fixação de preços e repartição dos mercados, práticas restritivas da concorrência. A AKZO, sociedade-mãe *holding* do grupo, foi solidariamente responsabilizada pelas infrações mencionadas e condenada a uma coima de 20.99 milhões de euros. Em causa estava o conceito de empresa na aceção do artigo 81º do Tratado da Comunidade Europeia, ou seja, a unidade económica que, mesmo que do ponto de vista jurídico seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas diferentes, é uma só entidade para efeitos do direito da concorrência. Foi com base neste conceito que o TPI decidiu, tendo considerado como destinatária das coimas a sociedade-mãe do grupo. Tal como em casos anteriores, o TJUE considerou que a mera detenção de 100% do capital social de uma filial constitui uma presunção ilidível de que a sociedade-mãe exerce uma influência decisiva sobre a filial³⁴, nomeadamente, na determinação das suas políticas comerciais e que obstam à existência de autonomia desta última³⁵. Assim, salienta o Tribunal de Justiça, no parágrafo 58 da presente decisão, que apesar da personalidade jurídica distinta das sociedades envolvidas, a filial não determina de forma autónoma o seu comportamento no mercado, agindo ao abrigo das instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe.

³³ Acórdão do Tribunal de Justiça (antigo TJCE) de 10 de Setembro de 2009, Akzo Nobel (Processo C-97/08 P), parágrafo 55 e 58.

³⁴ No caso *AEG Telefunken* contra a Comissão (1983), o Tribunal de Justiça admitiu pela primeira vez, nos casos em que a sociedade-mãe detém 100% de controlo do capital da sua filial, se presume que a primeira exerce efetivamente um controlo sobre a segunda, recaindo sobre aquela a apresentação de provas da autonomia da sua filial.

³⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags* contra a Comissão, C-286/98 P, Colect., p. I-9925.

No acórdão em apreço, o TJUE considerou que a AKZO não apresentou elementos suficientes de prova que demonstrassem a atuação autónoma das suas filiais no mercado.

Em conclusão, o TJUE decidiu pela improcedência do recurso salientando que o comportamento de uma filial pode ser imputado à sociedade-mãe, quando, apesar de terem personalidades jurídicas distintas, essa filial não determinar de forma autónoma a sua atuação no mercado, limitando-se a aplicar as instruções da sociedade-mãe. Assim, ainda que esta não participe diretamente na infração deve, verificados os requisitos descritos, ser igual e solidariamente responsabilizada pela sua comissão. Subjaz o critério da “unidade de grupo”, sendo decisivo que a atividade da sociedade filial seja controlada pela sociedade-mãe, ao ponto de serem entendidas como uma “unidade económica”³⁶. Refere, a este propósito, TERESA BRAVO que se trata de uma espécie de “culpa por associação”, ou seja, a responsabilidade da filial transmite-se “por presunção, à sociedade detentora do capital social”³⁷. Esta presunção dispensa a Comissão de fazer prova da influência determinante da sociedade-mãe sob a sua filial, recaindo sobre as partes ilidir essa presunção. A imputação subjetiva da infração é feita à unidade económica (fundamento de atribuição de responsabilidade à sociedade-mãe), não à pessoa jurídica na origem da conduta (da organização da qual esta irrompe). Assim, uma empresa-mãe pode ser responsabilizada e sancionada por infrações cometidas por uma sua subsidiária.

³⁶ O Direito da Concorrência da União Europeia visa as atividades das empresas e o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do estatuto jurídico da mesma e do seu modo de financiamento, adotando o conceito de “unidade económica”, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas. Pelo que, o comportamento de uma filial pode ser imputado à sociedade-mãe, quando, apesar de ter personalidade jurídica distinta, essa filial não determinar de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplicar *in totum* as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe. Cfr. GÜNTER HEINE, «*Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa*» em CARLOS JARA-GÓMEZ DÍEZ (Ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 56 a 57, «(...) quem, partindo do disposto pelo Tratado da União Europeia e pela interpretação que foi feita pelo TJUE, que propõe estender a responsabilidade penal para lá dos entes coletivos dotados de personalidade jurídica, definindo a empresa numa ótica económica, e assim, mais ampla que aquela que refere a existência de personalidade jurídica».

³⁷ TERESA BRAVO, *A responsabilidade das sociedades-mãe e das filiais em Direito Europeu da concorrência: análise crítica da jurisprudência AKZO NOBEL*, RPCC 23, 2013, p. 634.

HOFSTETTER e LUDESCHER³⁸ assumem uma posição avessa face a este entendimento, sufragando que a imputação de responsabilidade à sociedade-filha e à sociedade-mãe deve fazer-se mediante a bitola de dois critérios (i) se houve alguma violação das normas anticoncorrenciais por parte de algum funcionário e se este comportamento pode ser imputado à pessoa coletiva filha; (ii) estando estabelecida a responsabilidade penal da sociedade filha, dada a falta de autonomia decisória e de gestão desta, se poderá imputar a conduta ilícita à sociedade-mãe.

Explicando TERESA BRAVO³⁹ que no âmbito do Direito da Concorrência se optou (a Comissão e o Tribunal de Justiça) por um critério de imputação de responsabilidade penal global ou grupal, alicerçado no comportamento no mercado das sociedades em grupo que visa um objetivo comum, sem no entanto esta opção violar os princípios da culpa, imputação subjetiva e presunção da inocência porquanto o direito da concorrência da União assenta no princípio da responsabilidade pessoal da entidade económica que cometeu a infração. Ora, se a sociedade-mãe fizer parte dessa unidade económica, essa sociedade-mãe é considerada solidariamente responsável, juntamente com as outras pessoas coletivas que constituem a referida unidade, pelas infrações ao direito da concorrência. Com efeito, ainda que a sociedade-mãe não participe diretamente na infração, exerce, nessa hipótese, uma influência determinante na ou nas filiais que nela participaram. Daqui resulta que, neste contexto, a responsabilidade da sociedade-mãe não pode ser considerada uma responsabilidade objetiva. Em tal circunstância, a sociedade-mãe é condenada por uma infração que se considera ter sido cometida por ela própria⁴⁰.

O Direito Europeu da Concorrência apresenta, assim, características próprias não se reconduzindo aos cânones clássicos do direito penal, quer pela natureza administrativa-sancionatória do ramo em si, quer pela constante exigência de adaptação à realidade societária e ao combate à criminalidade de veste empresarial.

³⁸ *Vide*, TERESA BRAVO, op. cit, pp. 635 a 636.

³⁹ TERESA BRAVO, op. cit, pp. 635, 655, 656 e 649.

⁴⁰ *Vide*, neste sentido, os acórdãos do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de Novembro de 2000, *Metsä-Serla Sales Oy* contra Comissão (Processo C-298/98 P) e do Tribunal Geral de 8 de outubro de 2008, *Schunk e Schunk Kohlenstoff-Technik* contra a Comissão Europeia (Processo T-69/04, Colet., p. II-2567).

Portanto, também o Tribunal Europeu seguiu a fórmula da predominância efetiva de uma sociedade sobre outra, resultando, tal como *supra* exposto, que a sociedade dominante só poderá responder pelos factos puníveis que irrompem da sociedade dominada se efetivamente participar na gestão da sociedade dominada ou se substituir na gestão os administradores da sociedade subordinada.

Mas já antes o Tribunal de Justiça, no caso *Imperial Chemical Industries* contra a Comissão Europeia (1972)⁴¹, havia decidido que o comportamento de uma filial se podia imputar à sociedade-mãe nos casos em que a primeira não determine de forma autónoma a sua conduta no mercado, levando a cabo as instruções da sociedade-mãe⁴². No caso *Repsol Lubrificantes e Especialidades, S.A., Repsol Petróleo e S.A., Repsol, S.A.* contra a Comissão Europeia, o Tribunal de Justiça dispôs que o princípio da pessoalidade das penas⁴³ e das sanções se deve conciliar com o conceito de empresa e com a jurisprudência segundo a qual a sociedade-mãe e a sua filial constituem uma só empresa no sentido dado pelo atual artigo 101.º do Tratado da União Europeia. Assim, deve entender-se que a responsabilidade da sociedade-mãe, quando determinada de acordo com a presunção de “exercício efetivo de uma influência dominante⁴⁴” sobre a sua filial, é pessoal. Ou seja, ainda que o facto punível tenha irrompido da sociedade filial,

⁴¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, *Imperial Chemical Industries* contra a Comissão Europeia, Processo n.º 48/69, Colect., n.ºs 130 a 137.

⁴² Acerca da imputação à sociedade-mãe da conduta ilícita desenvolvida na atividade da filial quando haja um controlo ou influência determinante, *vide* Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 22 de Janeiro de 2013, Processo C-286/11 P, Comissão Europeia contra *Tomkins*, Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 10 de Abril de 2014, Processos apensos C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva SA e Alstom SA* contra a Comissão Europeia e, outrossim, Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 17 de Setembro de 2015, Processo C-597/13 P, *Total S.A.* contra Comissão Europeia.

⁴³ Também nos casos *Arkema* contra a Comissão Europeia, Processo T-168/05, 30 de Setembro de 2009 e *General Química SA* e outros contra a Comissão Europeia, Processo C-90/09 P de 20 de Janeiro de 2011, o Tribunal de Justiça foi confrontado com o argumento segundo o qual esta presunção seria incompatível com o princípio da responsabilidade pessoal, o qual rebateu afirmando que incumbe à sociedade-mãe submeter à apreciação do juiz da União quaisquer elementos relativos aos vínculos organizacionais, económicos e jurídicos entre ela e a sua filial, que possam demonstrar que estas não constituem uma entidade económica única. Destarte, a presunção só é aplicada nos casos de detenção de 100%, pelo que naqueles casos em que tal situação não ocorra, a Comissão só poderá imputar à sociedade-mãe a responsabilidade pelas infrações cometidas pelas sociedades filiais se se demonstrar uma efetiva situação de controlo e se acreditar que a sociedade-mãe influencia decisivamente o comportamento no mercado da sua filial.

⁴⁴ Veja-se a decisão da Autoridade da Concorrência, Processo n.º 2012/08 de 11 de Março de 2014 no uso do conceito de “influência dominante”.

entende-se que em face do domínio perpetrado a infração foi cometida pela sociedade dominante. E ainda, a presunção de responsabilidade baseada na detenção da totalidade de capital de outra sociedade aplica-se não só aos casos em que essa detenção é direta, como também nos casos em que a relação é indireta devido à interposição de outra sociedade.

Em face do exposto, parece-nos, ser possível extrair as seguintes conclusões: em primeiro lugar, quando uma prática anticoncorrencial é realizada por uma sociedade pertencente a um grupo plurissocietário, pode ser o ilícito imputado à sociedade-mãe do grupo ou esta responsabilizada solidariamente pelo pagamento da coima em conjunto com a sua filial. Em segundo lugar, para que seja possível operar essa “extensão” de responsabilidade para a sociedade-mãe deverá existir uma relação de controlo, de facto, da subsidiária por parte daquela, ou seja, esta é que determina, de forma direta ou indireta, o comportamento da subsidiária. Terceiro, que, embora se presuma a existência do domínio quando uma sociedade detém 100% do capital doutra sociedade⁴⁵, deve-se agir com prudência na aplicação desta presunção porque, por um lado, é uma presunção *juris tantum* que pode ser ilidida e, em segundo lugar, porque a integração de uma sociedade num grupo societário nem sempre implica perda de autonomia por parte da sociedade-filha para definir a sua estratégia comercial. E, finalmente, os critérios de análise em uso não devem ser meramente jurídico-comerciais, mas económicos, por forma a determinar a existência de uma influência decisiva, a falta de autonomia ou independência da filial ou uma unidade de ação evidente entre a sociedade-mãe e a sua filial.

⁴⁵ No caso *Elf-Aquitaine SA* contra a Comissão de 29 de Setembro de 2011, Processo C-521/09 P, o Tribunal de Justiça justifica a “presunção *Stora*” ao considerar que uma sociedade que é detentora de 100% do capital de outra, o normal é que influencie o seu comportamento, pelo que a empresa dominante é que terá de apresentar provas que permitam concluir que a filial atua de forma autónoma.

CAPÍTULO II - ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE FACTOS NAS SOCIEDADES EM RELAÇÃO DE GRUPO

1. OBJETO DO PROCESSO vs. FACTO COLETIVO

O objeto do processo é o objeto da acusação ou da pronúncia, quando haja abertura da instrução, no sentido de que é esta que fixa os limites da atividade cognitiva e decisória do tribunal, *i.e.*, o *thema probandum* e o *thema decidendum*.

A atividade do judiciário, consubstanciada na investigação e prova de determinados factos não pode sair fora dos limites delineados pela acusação ou da pronúncia, sob pena de nulidade, salvo nos casos expressamente permitidos por lei em que, respeitadas certas condições, se pode proceder a uma alteração daqueles factos (artigos 308º, 309º, 358º e 359º do CPP).

Assim, essencial para a análise da alteração substancial de factos, questão subjacente ao presente *iter*, passa por fazer uma incursão ao facto coletivo e aos contributos que este compreende, constituindo este o objeto do processo no tocante à responsabilidade criminal dos entes coletivos.

De um ponto de vista estrutural, e em respeito pelo disposto no artigo 11º/2,4 e 6 do CP, o facto coletivo é composto pelos (i) contributos individuais, de titulares de órgãos ou representantes da pessoa coletiva, (ii) contributos coletivos prestados pelos órgãos e centros de liderança, que exprimam um domínio coletivo de execução do facto e (iii) a qualidade funcional em que foram prestados (trabalhador, titular de órgão, representante-dirigente, pessoa com certos poderes de autoridade para exercer o controlo da atividade coletiva em cujo exercício foi perpetrado o facto a atribuir ao ente).

Como expressivamente aduz TERESA QUINTELA de BRITO, «(...) a pessoa coletiva é responsabilizada num “vai-e-vem”». Ou seja, pelos atos que projeta de “dentro para fora”, através dos seus titulares de órgãos e representantes, mas sem nunca se deixar de olhar, simultaneamente, de “fora para dentro”, deslindando como o facto coletivo exterior se relaciona «com a peculiar forma de organização e funcionamento do ente»⁴⁶.

⁴⁶ TERESA QUINTELA de BRITO, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de

Repetindo-se, uma vez mais, a necessidade de o facto ter de ser praticado em nome e no interesse coletivo. Paralelamente é inescusável um nexu funcional que ligue as pessoas singulares à pessoa jurídica – facto de conexão.

O facto punível que irrompe da pessoa jurídica nunca se limita aos contributos individuais. Normalmente, nas organizações coletivas complexas, o facto coletivo apenas se consegue identificar agregando os contributos (criminalmente típicos e/ou atípicos) de diversos intervenientes singulares, em diferentes sectores de atividade e em vários escalões da organização coletiva e, até, de contributos de órgãos e centros de liderança. Daí que, corretamente, o n.º 7 do artigo 11º do CP determine a independência da responsabilidade penal coletiva face à responsabilidade penal individual.

Especial importância reveste esta situação nos grupos de sociedades, onde nos deparamos com sociedades em cascata, como vimos *supra*, em que a organização e funcionamento se desdobram em vários sectores de decisão e atividade. Do exposto, compreende-se que a descoberta de uma relação de grupo, de novos dirigentes ou administradores com intervenção na gestão da sociedade trazida a juízo (dominada), de interconexões de pessoal entre sociedades do grupo ou de elementos que possam apontar para uma comparticipação na comissão do facto punível, podem consubstanciar uma alteração substancial dos factos primitivos, o que pode levar a consequências processuais distintas, tanto para a pessoa coletiva dominante como para a dominada, questão que *infra* se dissecará.

outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, p. 1795.

2. DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO PARA A NÃO COMISSÃO DO FACTO PUNÍVEL

Para se responsabilizar a pessoa coletiva é necessário, por força do disposto no artigo 11º/2, CP (i) comprovar a realização de um ilícito-típico e (ii) a imputação do mesmo a alguém que ocupe uma posição de liderança dentro da pessoa jurídica (exigindo-se que atue em nome e no interesse coletivo), pois só o líder pode vincular toda a coletividade, assumindo esta questão particular relevância no tocante às sociedades em relação de grupo (de facto), quando se mostre que a sociedade trazida a juízo é totalmente dominada por outra, uma vez que o facto ilícito irrompe do seio de uma sociedade que não corresponde àquela na qual se procura imputá-lo.

Nas palavras de TERESA QUINTELA de BRITO «o agente do facto de conexão tem sempre de atuar como parte da coletividade ou de manifestar no facto uma vontade imputável à pessoa jurídica»⁴⁷, por isso, estando a sociedade dominada “maniatada” à vontade da sociedade dominante, o facto típico-ilícito que daquela irrompe entende-se extraído da organização e funcionamento da sociedade dominante.

A Autora⁴⁸ funda materialmente a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas no domínio da organização para a comissão do crime, bem como, no domínio da organização para a não comissão do crime (no caso dos entes jurídicos dominados), isto é, tem de estar na disponibilidade fáctico-económica da sociedade (por quem nela ocupa uma posição de liderança) a possibilidade de criar mecanismos por forma a obstar à prática de factos ilícitos. O domínio da organização para a execução do facto típico, por parte do dirigente, constitui um domínio social do facto. AUGUSTO SILVA DIAS⁴⁹ propugna que o domínio da organização proporciona ao dirigente um domínio social do facto, pois, permite-lhe

⁴⁷ «Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e coletiva», Estudos em honra do Professor Doutor JOSÉ de OLIVEIRA ASCENSÃO, Volume II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 1431.

⁴⁸ «Responsabilidade criminal de entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal», em Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 230.

⁴⁹ Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Proteção do Futuro (Ambiente, Consumo e Genética Humana), Coimbra Editora, 2008, pp. 212 e 229.

conformar toda a organização para a sua prática. O mesmo se pode dizer quanto aos entes jurídicos dominantes, uma vez que estes determinam os elementos essenciais do crime e conformam-se com a sua comissão, ao não apetrechar a sociedade dominada com as ferramentas e autonomia necessárias por forma a evitar a comissão do crime.

Do exposto, «o fundamento da imputação de responsabilidade à pessoa coletiva reside na relação interna entre ela e o facto cometido por determinado círculo de pessoas»⁵⁰, sendo necessário para a sociedade dominante poder responder por factos que irrompem da sociedade dominada que se analise a relação interna destas e se estabeleça uma ligação entre os agentes (com posição de liderança) individuais da segunda com a primeira.

Se fora dos casos de grupos societários se exige um domínio da organização (*inter alia*) para que a pessoa jurídica possa ser responsabilizada pelo facto próprio cometido pela pessoa natural, no caso de sociedades em relação de grupo exige-se uma maior análise e compreensão do funcionamento e organização (e de elementos probatórios) capazes de estabelecer uma participação efetiva da sociedade dominante na gestão da sociedade dominada ou a substituição na gestão de administradores da sociedade subordinada.

JOSÉ de FARIA COSTA⁵¹, assevera que «a pessoa coletiva funda-se e encontra a sua razão de ser numa relação interna com o “outro”» e, «neste sentido, só pelo “outro” (órgão ou representante) a pessoa coletiva ascende à discursividade jurídico-penalmente relevante», pelo que, diremos, apenas existindo uma predominância de uma sociedade sobre outra (que se materializa pela intervenção dos administradores, ou outras pessoas com autoridade para exercer controlo, da sociedade de topo do grupo) se pode responsabilizar criminalmente a sociedade dominante. Dado que, esta não realiza faticamente o ilícito (isto é, a prática do facto ilícito não decorre da sua atividade, não se comete no seu seio societário), mas deve ser-lhe imputada responsabilidade pela

⁵⁰ TERESA QUINTELA de BRITO, «Fundamento da responsabilidade criminal de entes coletivos: articulação com a responsabilidade individual», em Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 203.

⁵¹ JOSÉ de FARIA COSTA, A Responsabilidade Jurídico-penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas coletivas, à luz do direito penal), em Direito Penal Económico e Europeu, Volume I, Coimbra Editora, 1998, p. 557.

exploração-funcionamento crimínógeno da organização de que é titular. Responderá na qualidade de “dona do negócio” (enquanto senhora da organização coletiva para a comissão do crime), ou seja, porque participa na gestão da sociedade dominada ou porque substitui na gestão os administradores da sociedade subordinada, fazendo com que a segunda não tenha o domínio da organização para a não comissão do facto punível. Isto é, para além de uma interferência legítima na gestão da sociedade dominada num quadro de planeamento estratégico e organizacional (que decorre da própria relação de grupo e da sua razão de ser), vem, de facto, gerindo-a de forma contínua e efetiva. Isto não sucederá quando esta apenas exerça uma influência típica e própria da sua posição de “centro nevrálgico” de todo o grupo, a quem cabe assegurar o planeamento estratégico e as diretrizes de funcionamento do mesmo. Pelo que, a mera existência de um grupo de sociedades e da preponderância de uma sociedade sobre outra não consubstancia, sem mais, a responsabilidade penal da sociedade dominante por factos que irrompam de uma sua sociedade-filha.

Ora, como já tivemos oportunidade de tecer, «apenas as atuações dos seus líderes podem servir de suporte a uma conduta própria da coletividade (...)»⁵² e a coletividade (entenda-se, a pessoa jurídica) relaciona-se com o Direito através da sua organização. E em respeito pelos princípios em vigor no nosso ordenamento jurídico, como o da culpa e da pessoalidade, o facto penal precisa de ser cometido pelos próprios líderes da pessoa jurídica cuja responsabilidade se discute, para que o sujeito da sanção criminal coincida com o sujeito do facto ilícito.

Portanto, exige-se (enquanto critério de imputação) que a sociedade de topo exerça funções – poder fáctico - na gestão da sociedade dominada, que à partida caberiam aos seus administradores de direito, atuando como uma “administradora de facto”⁵³ desta, o que implica o exercício de uma influência

⁵² TERESA QUINTELA de BRITO, «Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e coletiva», em Estudos em honra do Professor Doutor JOSÉ de OLIVEIRA ASCENSÃO, Volume II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 1429 e, ainda, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, p. 1795.

⁵³ Da possível qualificação de administrador de facto a pessoas coletivas, *vide*, v.g., RAÚL VENTURA, Nota sobre a pessoa coletiva designada administrador da sociedade anónima, O Direito 125.º III-IV Julho-Dezembro, 1993, pp. 267 a 276 e PAULO OLAVO CUNHA,

duradoura e intensa sobre a administração por quem não é administrador *de jure* (podendo ser administradores de direito ou diretores da sociedade dominante), concebendo-se, assim, que o facto que emerge da sociedade dominada se entenda extraído da estrutura organizativa da sociedade que a domina.

DANIEL PRADES CUTILLAS⁵⁴ traz à colação a figura da administração de facto, precisamente, a propósito dos grupos de sociedades e dos casos de ingerência de uma ou mais sociedades na gestão de outra(s) do grupo. Ingerência que em seu entender se manifesta inequivocamente quando se encontra «os mesmos administradores em todas as sociedades com escassas diferenças na composição dos órgãos colegiais» ou nos deparamos nos conselhos de administração das sociedades subordinadas com a presença de membros da direção da sociedade dominante. Frisa, alertando, que esta dedução não pode operar automaticamente pela simples existência de uma posição de domínio da sociedade-mãe relativamente à(s) sua(s) filha(s). Para isso será necessário «algo mais que a possibilidade de impor, que tem de ser “o ato real” de imposição, embora seja suficiente, um só e único ato de imposição»⁵⁵.

ANA PERESTRELO de OLIVEIRA desenvolve este conceito a intento da responsabilidade civil da sociedade-mãe, afirmando que «(...) o exercício do poder de influência de que é titular a sociedade-mãe, traduz precisamente a essência do papel desta, agindo os respetivos administradores no exercício das suas funções de administração desta sociedade e não no papel de administradores de facto da sociedade-filha (...)»⁵⁶. Atuando a sociedade dominante como *shadow director* (administradora sombra), terminologia usada no direito anglo-saxónico⁵⁷,

«Designação de pessoas colectivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas», em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano I, nº 1, 2009, pp. 165 a 213.

⁵⁴ Administradores de hecho, tipologías no tan encubiertas, *Diario La Ley* n.º 7168, 2009, pp. 10 e 11.

⁵⁵ TERESA QUINTELA de BRITO, op. cit., p. 1717. A autora não concorda com a qualificação da sociedade dominante como administradora de facto da sociedade dominada, para mais desenvolvimentos sobre a argumentação expandida *vide* pp. 1724 e ss.

⁵⁶ Cf., *Manual de grupos de sociedades*, Almedina, 2016, p. 287.

⁵⁷ NIGEL FUREY, BRENDA HANNIGAN, PHILIP WYLIE, JOHN H. FARRAR, *Farrar's Company Law*, 4th Ed., Paperback, 1998, p. 338., a propósito da decisão *Re Hydrodam (Corby) Ltd*, vêm impor dois critérios para atribuição de responsabilidade à sociedade mãe ou ao seu administrador, assim, se era o órgão de administração da sociedade-mãe, atuando imbuído num interesse coletivo, que instruíra os administradores da dominada, então poderemos qualificar a sociedade dominante como *shadow director*, mas não os seus administradores como *shadow directors* da dominada. A atuação do administrador da sociedade dominante

convertendo o poder de influência «(...) num instrumento continuado de intervenção na administração da sociedade dependente (nomeadamente sem recurso ao órgão deliberativo próprio desta ou, através dele, com exercício ilícito e abusivo do seu direito de voto na assembleia da dependente) e de determinação da atividade dessa sociedade com subordinação permanente dos seus interesses aos interesses da sociedade dominante»⁵⁸.

E é, precisamente, aqui que podemos identificar a integração vertical da sociedade dominada na organização da sociedade dominante, traduzindo-se esta “incorporação” numa «administração indireta, que pode levar a uma substituição do órgão de administração da sociedade dependente e a uma redução dos seus titulares formais a meros executores das instruções da dominada»⁵⁹.

O conceito de administrador de facto não vem elencado no CSC, sendo relevante, neste particular, perscrutar os pressupostos de aplicação desta figura. Ora, exige-se, o exercício de uma influência de elevada intensidade, por alguém que não é administrador *de jure*. Isto é, nas palavras de ANA PERESTRELO de OLIVEIRA⁶⁰ «(...) aqueles que administram a sociedade não são já os seus administradores de direito, mas sim outros (...)» que efetivamente possuem autonomia decisória dentro da sociedade-filha. Diremos que os “outros” serão os administradores de direito da sociedade-mãe, podendo, por ventura, ser qualificados como administradores de facto da sociedade-filha, questão que se verá adiante. Para o preenchimento da figura de administrador(a) de facto exige-se o «exercício positivo de funções de gestão similares ou equiparáveis às dos administradores formalmente instituídos» numa “autonomia decisória”, com alguma “permanência e sistematicidade”⁶¹. Conclui-se que será necessária uma

será, em princípio, imputada à sociedade da qual é administrador: “é a sociedade dominante que está a agir através dos seus administradores”. Apenas sendo imputável ao administrador da sociedade-mãe nas situações em que este instrua a título pessoal, cf., em sentido semelhante, RICARDO COSTA, Os administradores de facto das sociedades comerciais, Almedina, 2014, pp. 297 a 298.

⁵⁸ RICARDO COSTA, *Idem*, p. 277

⁵⁹ RICARDO COSTA, *Idem*, nota 594, p. 278 e TERESA QUINTELA de BRITO, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, pp. 692 e 693.

⁶⁰ ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 289.

⁶¹ Neste sentido RICARDO COSTA, «Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto», em Temas Societários, IDET/Almedina, Coimbra, 2006, p. 22 e ss.

compressão significativa da esfera decisória quer dos administradores de direito da sociedade dominada como dos administradores de direito da sociedade que a domina, para que esta possa ser tida como administradora de facto da primeira.

Alertando, contudo, a referida Autora⁶² para uma interpretação restritiva do conceito⁶³ assim, sempre que os administradores conservem alguma margem de liberdade de gestão, não obstante alguma ingerência da sociedade dominante, não nos devemos auxiliar da figura da administração de facto e acaba por asseverar que tal mecanismo não resolve todos os problemas dogmáticos ligados à responsabilização no seio do grupo.

Poderá, do exposto, a sociedade dominante ser tida, para efeitos de responsabilidade criminal, como administradora de facto da sociedade dominada? Como referimos, ainda que numa ótica de responsabilidade cível, ANA PERESTRELO de OLIVEIRA⁶⁴ rejeita esta solução. Destarte, não nega que aparentemente os pressupostos para aplicação da figura se encontrem preenchidos, contudo, alerta para as diferentes formas de integração societária e para os diferentes níveis de intensidade e centralização da direção unitária, ademais, assegura, não se afigurar correto do ponto de vista valorativo e da *ratio legis* atinente aos grupos societários, porquanto a relação entre sociedades não reflete uma relação de administração, sob pena de desvirtuação deste mecanismo de junção societária. Afirmando que nem será necessário recorrer a tal figura, pois a “pertença ao grupo e o poder de influência que [isso] acarreta” determinam a responsabilidade da sociedade dominante, adotando o caminho da responsabilidade por via da violação de deveres de lealdade⁶⁵.

Seguimos o mesmo entendimento, na medida em que, a sociedade-mãe pode, até nos grupos de facto, instruir de forma desvantajosa a sociedade-filha, de maneira a que sendo legítima a direção unitária do grupo e a prevalência do

⁶² ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, op. cit., p. 289 e em «*Administração de facto. Do conceito geral à sua aplicação aos grupos de sociedades e outras situações de controlo interempresarial*», em Paulo Câmara (Org.), *A nomeação dos administradores*, Coimbra, 2015, pp. 227 a 239.

⁶³ Seguindo o entendimento de RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas - Uma análise de Direito Material e Direito de Conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 132.

⁶⁴ ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, *Manual de grupos de sociedades*, Almedina, 2016, p. 291.

⁶⁵ Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, *vide* op. cit. pp. 293 e ss.

interesse deste, a sociedade-mãe não se encontra (ao nível dos estatutos nem legalmente) obrigada a prosseguir o interesse das sociedades que integram o grupo que encabeça, pelo que, não será congruente, merce do regime consagrado no CSC para os grupos societários e com a natureza dos mesmos, considerar uma sociedade dominante administradora de facto da sociedade dominada em virtude da ingerência que possa ocorrer própria de uma relação de grupo.

O que não obsta a que se encontrem outros critérios de imputação, mais adequados dogmaticamente, de atribuição de responsabilidade à sociedade-mãe. Vejamos, paralelamente à responsabilização da sociedade dominante enquanto administradora de facto, proposta que aqui se exclui, a doutrina e jurisprudência recorrem à figura da desconsideração da personalidade coletiva da sociedade dominada, que *infra* se indagará, como forma de proteção desta sociedade e de responsabilização daqueloutra.

Regressando à questão principal do presente capítulo, no dizer de TERESA QUINTELA de BRITO⁶⁶, a falta de disponibilidade fáctica para a não comissão do facto punível por parte da sociedade dominada torna-a numa “pessoa jurídica-espantalho” ou “*corporate vehicle*”⁶⁷, i.e., apesar de dotada de complexidade organizativa suficiente para que lhe seja atribuída capacidade de se auto organizar e determinar a sua política comercial, não o faz. Ou seja, são entes hetero-administrados pela pessoa jurídica que os controla totalmente e por esta instrumentalizados. Não sendo coerente, nem justo, dirigir-lhes um juízo de censura, pois como se elucidou acima, como consequência do controlo e domínio por parte da sociedade de todo do grupo, não está na sua disponibilidade fáctico-económica a adoção de mecanismos idóneos a obstar à prática de ilícitos criminais (*ex vi* artigo 11º, n.º 6 do CP), servindo tal critério de fundamento material de atribuição de responsabilidade criminal às pessoas jurídicas (o domínio da organização para a [não] comissão do crime).

⁶⁶ TERESA QUINTELA de BRITO, op. cit., p. 692.

⁶⁷ Salvo melhor opinião, o auxílio (e a qualificação) à figura do “espantalho” querera significar figurativamente que a sociedade funcionará como um escudo de proteção da sociedade dominante por forma a “desviar” a imputação de responsabilidade criminal por factos que esta tenha cunhado mas que foram praticados (autoria material) pela sociedade-filha. Diremos que, mais do que uma “sociedade-espantalho”, será uma “sociedade-marioneta”, dado servir as vontades da sociedade de topo e ser esta quem determinada a sua condução social, não lhe restando grande margem de autonomia decisória nem de capacidade organizativa, funcionando como um “*corporate dummy*”.

A este propósito, a jurisprudência e doutrina alemãs construíram a figura dos “grupos de facto qualificados” a qual abarca os grupos em que a sociedade dependente/dominada perde autonomia, tornando árdua a tarefa de ajuizar e avaliar os atos lesivos que possam ter afetado a sociedade-espantalho. Servindo-nos das palavras de ANA PERESTRELO de OLIVEIRA⁶⁸ este fenómeno espelha os «grupos fortemente centralizados em que a intensidade da direção unitária é idêntica àquela exercitável no âmbito das relações de grupo», não sendo possível individualizar concretos atos lesivos e, portanto, compensar a sociedade-filha pela ocorrência dos mesmos.

Esta questão torna-se importante por duas razões: (i) como atrás tornamos claro, no apuramento da responsabilidade criminal no seio das relações de grupo, os grupos *de jure* (nos quais o exercício de influência não assume carácter efetivo, gozando a sociedade de tipo da possibilidade de exercício dessa influência, podendo exercê-la ou não) não são relevantes, pois o poder de direção da sociedade-mãe sobre a sociedade-filha pode ser exercido mediante a emissão de instruções vinculantes (nos termos do artigo 503º do CSC). Podendo tratar-se de instruções desvantajosas, daí vigorar no nosso CSC regimes de proteção da sociedade dominada, dos seus credores e sócios minoritários, como referimos no ponto 3 do Capítulo I. Por isso, apenas nos grupos de facto, estamos perante uma efetiva participação na gestão da sociedade dominada (materializando-se essa participação, por exemplo, na escolha dos seus administradores, na emissão de diretivas e instruções ou a substituição na gestão dos administradores da sociedade subordinada); e (ii) porque sendo, então, de aceitar a licitude dos grupos de facto (e a marcada ausência de soluções legais que os regulem⁶⁹) é forçoso concluir que é, igualmente, legítima a emissão de instruções desvantajosas à sociedade dominada – respeitando-se aqui deveres de lealdade inerentes à participação societária⁷⁰ - mediante um esquema de compensação *a priori* ou *a posteriori*, o que exige que as desvantagens possam ser individualizadas para

⁶⁸ ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, Código das Sociedades Comerciais Anotado (Coordenação: António Menezes Cordeiro), Almedina Coimbra, 2009, anotação ao artigo 486º, nota 13, p. 1140.

⁶⁹ ANA PERESTRELO de OLIVEIRA vai mais longe e fala mesmo de uma “hipocrisia” legislativa, *cf.* Manual de grupos de sociedades, Almedina, 2016, p. 248.

⁷⁰ Cf., neste sentido e para mais desenvolvimento da questão, ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 250.

poderem ser compensadas. Não sendo possível essa individualização, torna-se ilícita a direção unitária, pois traduz-se numa instrumentalização da sociedade-filha. Concluindo a Autora que os grupos de facto qualificados devem ser rejeitados no ordenamento jurídico português⁷¹.

Desfechando, a este propósito, TERESA QUINTELA de BRITO⁷² que no caso dos “grupos de facto qualificados” ou por outras palavras, nos casos em que a sociedade-filha não tenha o domínio da organização para a não comissão do crime, não será necessário o recurso à efetiva “influência decisiva”, bastando fazer-se prova da integração vertical⁷³ da sociedade dominada na organização da sociedade de topo. Isto é, a configuração estrutural do grupo e, mormente, o grau de integração empresarial das sociedades que o compõem, pode tornar forçoso concluir pela forte centralização do grupo e, portanto, pela falta de autonomia de gestão e condução por parte das sociedades-filhas.

Parece-nos importante referir que não se pode fazer tábua rasa da diversidade em que assentam os grupos de sociedades. A imputação de responsabilidade à sociedade-mãe de um grupo societário deverá fazer-se de forma prudente e cautelosa, tendo presente que em todos os grupos existem diferentes formas de exercício do poder de direção, não bastando, por isso, o recurso à certidão do registo comercial das sociedades ou a mera existência de uma direção unitária/grupo para se fazer prova da intensidade da ingerência exercida pela sociedade que o encabeça⁷⁴, sendo sempre necessário analisar o funcionamento interno do grupo.

⁷¹ ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, Manual de grupos de sociedades, Almedina, 2016, p. 252.

⁷² Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, p. 693.

⁷³ Neste sentido, TERESA QUINTELA de BRITO, que o dirá, cremos, por forma a facilitar a obtenção de elementos probatórios para o processo com vista à exclusão da culpa da sociedade dominada. Dado que, na opinião da autora a obtenção de prova não será um obstáculo à sua defesa, «pois os factos e informação (inclusive documental) necessários para efeito relevam da sua própria relação» com a sociedade que a domina e por isso terá acesso privilegiado, *vide op. cit.*, p. 693. No direito da concorrência, que acima fizemos menção, é usual o recurso a presunções, dadas as dificuldades de obtenção de prova por parte das entidades da concorrência, cf. ANA PERESTRELO de OLIVEIRA/ MIGUEL SOUSA FERRO, «*The sins of the son: parent company liability for competition Law infringements*», em Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, Julho-Setembro, 2010, p. 81.

⁷⁴ ENGRÁCIA ANTUNES refere que dentro dos grupos societários o grau de centralização económico-organizativo «varia extraordinariamente, oscilando na prática entre um

Ademais, quanto maior for a centralização do grupo subentende-se que a participação e presença da sociedade-mãe na administração da sociedade-filha é mais acentuada. Diremos, quanto maior for a centralização, maior será a participação da sociedade-mãe na condução da vida comercial da sociedade-filha (com as reservas que deixamos patentes) e, em vista disso, uma possível responsabilização penal pelos crimes que surjam da atividade da sociedade dominada, mas que derivado do grau de intensidade da direção unitária e consequente integração vertical se entendem cunhados pela cultura organizativa e pelo funcionamento da sociedade dominante⁷⁵.

Com efeito, para se “chamar” à responsabilidade (todas) as pessoas-jurídicas é necessário, por força e para os efeitos do artigo 11º do CP, que o crime tenha sido perpetrado “no interesse coletivo”, ou seja, deve refletir o modo de organização e funcionamento da pessoa jurídica e/ou da sua política empresarial. Sendo a organização e funcionamento da “sociedade-espantalho” um espelho da vontade e domínio da sociedade que a domina, o poder-dever da primeira em se auto-organizar, supervisionar e administrar (por forma a evitar a prática de ilícitos) não está na sua disponibilidade.

Neste sentido, TERESA QUINTELA de BRITO afirma que «(...) as pessoas jurídicas dominam (...) [a realização do tipo] se estiverem na sua disponibilidade as medidas organizativas, de gestão e fiscalização (...)»⁷⁶ necessárias e adequadas a obstar ao início e à prossecução da comissão do crime, que organizativa, operativa e/ou culturalmente pré-cunhou. Ora, o modo como a sociedade se organiza e funciona irá refletir-se na comissão do crime o que permitirá concluir que este foi cometido no interesse coletivo, determinando a autoria da sociedade dominante.

espectro ou *continuum* de combinações concretas entre autonomia e controlo na gestão das sociedades-filhas», em Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária, 2.ª Ed., Coimbra, 2002, p. 123, nota 212.

⁷⁵ Em sentido semelhante, ainda que para justificar a responsabilidade dos administradores da sociedade-mãe, vide ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, Manual de Grupos de Sociedades, Almedina, 2016, pp. 307 e 308. Até porque, como refere a Autora, «nos casos de controlo vertical, torna-se clara a impossibilidade de identificar um “interesse do grupo” que não coincida com o interesse da sociedade-mãe». Traduzindo-se, tal, em nossa opinião, na cunhagem da execução do facto típico, por via organizativa, operativa e/ou cultural, que de seguida se irá desenvolver.

⁷⁶ TERESA QUINTELA de BRITO, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, p. 669.

Logo, essa exigência permite abrir caminho a uma autêntica responsabilidade do ente por facto e culpa próprios, excluindo-se, nestes casos, a culpa da sociedade dominada – por não ter o domínio da organização para a não comissão do crime – ainda que não a autoria material, pois esta realizou faticamente o crime (irrompeu da sua estrutura organizativa, ainda que moldado pela sociedade-mãe). Efetivamente, a exigência de “comissão” no interesse coletivo do facto punível a imputar ao ente remete-nos para as questões da autorregulação e da auto-organização da pessoa jurídica que estão na base dos programas de *Compliance*, i.e., códigos de conduta que permitem blindar a pessoa jurídica de uma eventual responsabilidade criminal por factos típicos ilícitos que dela irrompam que se traduzam numa indiferença pelo Direito, mas que dificilmente poderão ser postos em prática numa organização dominada por outra, pois não lhe cabe o poder de se autorregular e conduzir de forma autónoma.

GÜNTER HEINE⁷⁷ alicerça a responsabilidade das pessoas coletivas com base num defeito de organização, isto é, todas as empresas se devem autorregular por forma a evitar a prática de ilícitos no seu seio organizacional, assim, o domínio da organização constitui, fundamento de imputação de responsabilidade criminal às sociedades. O domínio será defeituoso cada vez que «a empresa desperdiça a oportunidade de adotar um remédio em tempo, que seja o mais adequado ao risco (...)»⁷⁸, pelo que, a empresa, perante tal risco, deverá adotar medidas organizativas. Neste contexto a culpabilidade da pessoa jurídica surge como uma culpabilidade pela condução da atividade empresarial⁷⁹.

⁷⁷ GÜNTER HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Broschiert, 1995, pp. 276 e ss. *Vide*, ainda, em sentido semelhante, STRATENWERTH, “Strafrechtliche Unternehmenshaftung?”, em GEPPERT et. al, (Ed.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, 1992, p. 307.

⁷⁸ GÜNTER HEINE, «Modelos de responsabilidade jurídico-penal originaria de la empresa» em CARLOS JARA-GÓMEZ DÍEZ (Ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 54.

⁷⁹ TERESA QUINTELA de BRITO rejeita esta conceção de culpa, afirmando expressivamente que deverá ser adotado um critério de culpa por facto próprio e concreto cometido no desenvolvimento da atividade coletiva, cf. «*Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e coletiva*», em *Estudos em honra do Professor Doutor JOSÉ de OLIVEIRA ASCENSÃO*, Volume II, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 1425 e 1426.

Neste ponto, ADÁN NIETO MARTÍN⁸⁰ e CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, postulam que o critério para aferir a culpabilidade deve ser mais abrangente. O primeiro Autor assiná-la que a culpabilidade da sociedade pode ser definida como sendo um défice de auto-organização permanente. Ainda que partindo da proposta do “defeito organizativo”, reconhece que se trata de um defeito derivado da condução da sociedade, quando esta não haja adotado as medidas preventivas destinadas a “evitar de forma razoável os riscos decorrentes da atividade empresarial”. Devendo constituir tal défice carácter permanente, por forma a garantir a necessidade de correção dessa falta de organização.

Por seu turno, CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ⁸¹ faz menção a “uma cultura empresarial de cumprimento da legalidade”, baseando-se na premissa de que tanto as pessoas físicas como as jurídicas “são destinatárias de comunicações jurídicas e de imputações”⁸², tratando-se, por isso, de uma realidade equivalente. Inclusive, defendendo que, verificada a fidelidade ao direito por parte da pessoa jurídica, tal operará como causa de exclusão da sua responsabilidade penal, i.e., mostrando-se o ente jurídico como um “cidadão corporativo fiel ao Direito” não lhe deverá ser imputado o facto ilícito, questão a que voltaremos a propósito da “inimputabilidade corporativa” da sociedade dominada.

No que respeita à imputação de responsabilidade nos grupos de sociedades, e tendo presente que se trata de uma responsabilidade penal originária, GÜNTER HEINE⁸³ refere que se deve exigir que a sociedade-mãe tenha tido “suficientes possibilidades fáctico-económicas de influência”, ou seja, sendo esta sociedade a única organização independente, tinha, por isso, a possibilidade de introduzir “remédios” organizativos na sociedade-filha. Não o fazendo, cabe-lhe ser responsabilizada por ter o domínio da organização para a comissão do facto punível.

⁸⁰ ADÁN NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, p. 138.

⁸¹ CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU.*, Editorial Universitaria, Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 110.

⁸² CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 211, 270 e 272.

⁸³ GÜNTER HEINE, *op. cit.*, pp. 57 e 58.

Como já fizemos referência, o facto penal precisa de ser cometido pelos próprios líderes da pessoa jurídica cuja responsabilidade se discute, para que o sujeito da sanção criminal coincida com o sujeito do facto punível. Pois que, o facto coletivo tem que ser sempre imputado objetiva e funcionalmente ao próprio dirigente, tudo nos termos e para os efeitos do artigo 11º, n.º 2 do Código Penal. Assim, primeiramente, será necessário proceder à imputação do facto punível a dirigente ou pessoa que ocupe posição de liderança na sociedade-filha e uma vez estabelecida a responsabilidade da sociedade dominada, cumprindo os critérios dispostos no artigo 11º do CP, indagar se o facto punível pode ser imputado à sociedade-mãe, por não ser legítimo censurar a sociedade-espantalho pela comissão do facto punível que dela irrompe. Responsabilidade que só pode existir quando a primeira se encontre numa efetiva relação de grupo com a segunda e, portanto, sujeita a um efetivo controlo e direção.

Como decorre do exposto, a constituição de um grupo societário, tende a provocar alterações nas funções e poderes do órgão de administração da sociedade-mãe (e conseqüentemente da sociedade subordinada), aumentando as suas competências e poderes relativamente às sociedades que domina, cabendo-lhe poderes para decidir sobre a respetiva gestão e estrutura internas, passando aquela a surgir como “centro nevrálgico” de todo o grupo, i.e., o centro de decisão do grupo, passando a ser uma espécie de órgão de administração deste, com poderes de gestão em todas as sociedades agrupadas⁸⁴.

Poderá falar-se, nestes casos, de um caso de inimputabilidade da pessoa jurídica-espantalho? Como se referiu acima, por força da influência que a sociedade dominante exerce torna-se cabal discutir a possibilidade de imputação de responsabilidade penal à sociedade dominada, ou seja, torna-se imperioso questionar a suscetibilidade de responsabilização da sociedade-espantalho pela prática de factos que dela irrompem mas que são determinados pela sociedade-mãe (merce da ingerência que esta impregna na gestão da sociedade dominada).

⁸⁴ As instruções da sociedade diretora constituem verdadeiros atos de gestão, pelo que o órgão competente para as dar é o seu órgão de administração (órgão competente para representar a sociedade). Cfr. MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, AAFDL, 1994, p. 48.

ADÁN NIETO MARTÍN⁸⁵ alude que a problemática da “inimputabilidade corporativa” se prende com o solucionar de duas questões (i) respeito pelo princípio do *ne bis in idem*, pois não é possível identificar dois entes distintos «no caso de sociedades pequenas pessoalmente dirigidas»; (ii) e relativamente às pessoas jurídicas-espantalho (enquanto meros instrumentos para a comissão de factos ilícitos).

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ perfilha a conceção autopoietica da organização empresarial⁸⁶, cujo fundador foi o filósofo e sociólogo NIKLAS LUHMANN, teoria a que se faz menção frequente a propósito da responsabilidade penal dos entes jurídicos. Com efeito, a qualificação da sociedade como um sistema autopoietico, ou seja, um sistema autónomo que se auto conduz, permite afirmar a responsabilidade (própria) pela sua autocondução. Esta teoria concebe a organização corporativa como um sistema social autopoietico, isto é, um sistema composto por comunicações⁸⁷. Servindo-se destas para identificar operações e decisões próprias da organização. Sobressaindo, desta maneira, a dinâmica própria e valores próprios dos entes corporativos, que não se reconduzem a decisões pontuais, porquanto, a pessoa jurídica caracteriza-se pela existência de procedimentos padrão⁸⁸. De facto, para se poder dispor de autonomia organizativa,

⁸⁵ ADÁN NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 166 e 167.

⁸⁶ Outrossim, GÜNTER HEINE, «*Modelos de responsabilidade jurídico-penal originaria de la empresa*» em *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Edição de CARLOS JARA-GÓMEZ DÍEZ, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 79 «as grandes empresas (...) são sistema autopoieticos caracterizados por uma alta capacidade de auto-organização e de autocondução». *Vide*, igualmente, sobre as sociedades policorporativas como sistemas autopoieticos GÜNTHER TEUBNER, *The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors* em JOSEPH MCCAHERY, SOL PICCIOTTO, E COLIN SCOTT (Ed.) *Corporate Control and Accountability: Changing Structures and the Dynamics of Regulation*, Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 41 e ss e J. M. EMBID IRUJO, «*Grupos y Gobierno Corporativo*», em GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO (Coordenação), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, pp. 600 e ss.

⁸⁷ LUHMANN introduz a expressão de «comunicação de decisões» para reforçar que não se trata de um processo idêntico ao psíquico dos indivíduos, mas sim, como uma comunicação produzida pela própria organização, *vide* NIKLAS LUHMANN, *Organisation und Entscheidung*, (Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften), Gebundene Ausgabe, 2000, p. 123.

⁸⁸ Neste sentido, que aderimos *in totum*, TERESA QUINTELA de BRITO, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, p. 647.

o ente tem, indubitavelmente, que dispor das próprias «premissas de decisão». Criando, tudo isto, uma cultura empresarial. Cultura, aqui, como o complexo de «premissas de decisão» específicas de uma organização empresarial.

E aqui ganha força a teoria da culpabilidade construtiva de CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ⁸⁹ alicerçada em três pilares: a fidelidade ao direito, o sinalagma do Direito Penal corporativo e a capacidade de questionar a vigência das normas.

Numa sociedade moderna a vigência de determinadas normas depende, em grande medida, da criação e manutenção de uma cultura empresarial de fidelidade aos comandos normativos, surgindo, a este propósito, o fenómeno da “autorregulação empresarial” como o reflexo da incapacidade do Estado controlar determinados riscos inerentes ao funcionamento de sociedades pós-industriais. Exigindo-se, deste modo, a fidelidade ao Direito por parte dos entes jurídicos. Teoria com algumas semelhanças ao funcionalismo Jakobsiano⁹⁰, que entende que as pessoas se constituem «através da fidelidade ao ordenamento jurídico», tendo o Direito Penal uma função de proteção da vigência da norma como efeito de uma prevenção geral positiva⁹¹.

Acabando, desta forma, por se arrepiar caminho para o chamado Direito Penal do Inimigo que se caracteriza, *grosso modo*, pelo tratamento do delinquente (quem não emprega nas suas condutas fidelidade ao Direito) como inimigo. Para JAKOBS quem comete um crime conduz a sua ação de modo hostil ao Direito, «não dá qualquer garantia de segurança cognitiva, então perde a qualidade de pessoa»,

⁸⁹ Para mais desenvolvimento *vide* CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 258 e ss., 273 e ss. e 285 e ss.

⁹⁰ GÜNTHER JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad* (Tradução de MANUEL CANCIO MELIÁ e BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ), Navarra:Thomson Civitas, 2006, pp. 148 e 149.

⁹¹ Para o autor a estabilização social é garantida por normas, i.e., mediante a imposição de condutas fiéis ao Direito, que se tornam imprescindíveis para o funcionamento da sociedade, daí o direito não ter como função a proteção de bens jurídicos. A pena adquire, então, carácter comunicativo por forma a restabelecer a confiança no Direito, convocando os destinatários das normas à fidelidade aos comandos normativos, *vide* GÜNTHER JAKOBS, «*Sobre la gènesis de la obligación jurídica: teoría y praxis de la injerencia el caso del dominio del hecho*», em GÜNTHER JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, (Tradução de MANUEL CANCIO MELIÁ) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, Civitas, pp. 38 a 48.

adquirindo a qualificação de inimigo. Pois só será merecedor de «ser tratado como pessoa quem presta fidelidade à ordem jurídica de modo fiável»⁹².

AUGUSTO SILVA DIAS⁹³ ressalva que o Direito Penal do Inimigo se apresenta como «um Direito de exceção, inspirado numa lógica de “guerra”». Constituindo um regime que derroga princípios basilares constitucionais, como o respeito por direitos, liberdades e garantias, não respeitando, assim, o princípio da culpa, agregado às garantias de defesa do arguido. Ora, sopesando tudo o que foi dito, para GÓMEZ-JARA DÍEZ, às sociedades-espantalho (por não terem na sua disponibilidade as medidas organizativas, de gestão e fiscalização para obstar à prática do ilícito) não lhes pode ser exigível uma cultura de fidelidade ao Direito.

O segundo fundamento para a construção de uma culpabilidade empresarial consiste no sinalagma do Direito Penal⁹⁴ (empresarial), que consiste na liberdade de auto-organização *versus* a responsabilidade criminal pelas consequências do desenrolar da atividade empresarial. GÜNTER HEINE⁹⁵ estabelece como imperativo a necessidade das empresas se comportarem (diga-se, organizarem) autorresponsavelmente por forma a não produzirem qualquer dano.

Por último, o terceiro fundamento caracteriza-se pela participação da organização empresarial na discursividade pública, isto é, da sua participação no processo de criação e definição das normas sociais⁹⁶.

⁹² É deste modo que GÜNTHER JAKOBS define o inimigo, *vide*, para mais detalhes, AUGUSTO SILVA DIAS, «*Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado*», em *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a JORGE DE FIGUEIREDO DIAS por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra Editora, 2009, pp. 623 e ss.

⁹³ *Idem*, p. 785.

⁹⁴ Importa, neste particular, refletir sobre qual a função que o Direito Penal cumpre, posto que será a partir dessa função que se pode considerar equivaler a culpabilidade individual e culpabilidade empresarial. Neste sentido, a teoria construtivista de culpabilidade considera que a função do Direito Penal consiste na proteção da vigência da norma. *Vide*, GÜNTHER JAKOBS, *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría Funcional de Derecho Penal* (Tradução de MANUEL CANCIO MELIÁ e BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ), 1996, p. 16; *La pena estatal: significado y finalidad* (Tradução de MANUEL CANCIO MELIÁ e BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ), Navarra: Thomson Civitas, 2006, pp. 148 e 149 e CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 213 e ss.

⁹⁵ GÜNTER HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Broschiert, 1995, p. 276.

⁹⁶ Cf. CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *op. cit.*, pp. 288 e ss. e «*La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*» (Tradução de CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ e JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES) em GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Teoría de sistemas y*

Deste modo, a pessoa jurídica-espantalho trazida a juízo só é suscetível de ser censurada, pelo facto coletivo jurídico-penalmente relevante que lhe é imputado (na acusação ou na pronúncia), se se encontra em condições de se comportar de outro modo, isto é, de acordo com os princípios e normas do ordenamento jurídico. No caso das pessoas singulares é exigível não só o conhecimento e entendimento, mas também capacidade de autodeterminação, requisito esse que se aplica, igualmente, às pessoas jurídicas dominadas. Pois que, apesar de dotadas de complexidade suficiente para se auto-organizarem, autodeterminarem e auto-conduzirem, tal não acontece. Cabe à sociedade dominante fazê-lo. Em conformidade, a complexidade interna suficiente é condição para a existência de autodeterminação por parte da sociedade, a qual, por sua vez, permite a atribuição de responsabilidade penal. Portanto, exige-se que a organização seja suficientemente estável e complexa para que «seja possível identificar um centro de imputação de interesses ou um ato corporativo no diálogo social»⁹⁷.

Com efeito, na apreciação feita por CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, só numa organização empresarial com complexidade suficiente é possível exigir uma cultura de fidelidade ao Direito, podendo (a pessoa jurídica) participar na conformação das normas sociais, usando dessa possibilidade para questionar, se for caso disso, a sua vigência normativa, sem necessidade de recorrer a factos ilícitos. No caso das sociedades jurídicas-espantalho, existe complexidade interna suficiente (ao contrário, por exemplo, do que acontece com as sociedades de fachada ou fantasma) mas não lhes pode ser atribuída responsabilidade penal porque, precisamente, não alcançaram um nível interno de auto-organização.

Derecho penal. Posibilidades y fundamentos de aplicación, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 179 e ss.

⁹⁷ TERESA QUINTELA de BRITO, «Responsabilidade criminal de entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal», em Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 232 e 233 e, ainda, CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, 2005, p. 245. A este propósito, o Autor sublinha que «só podem considerar-se penalmente responsáveis as pessoas jurídicas que tenham um substrato material suficiente, constituindo as sociedades espantalho ou instrumentais pessoas jurídicas não imputáveis», cfr. «¿Imputabilidad de las personas jurídicas», em MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, AGUSTÍN JORGE BARREIRO e CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ (ed.): Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid: Civitas Ediciones, 2005, pp. 425 a 446.

TERESA QUINTELA de BRITO, se bem se entende, não corrobora o entendimento da exigência de um mínimo de fidelidade ao Direito por parte da pessoa jurídica, argumentando que, se assim fosse, os entes jurídicos a que o artigo 90º-F do Código Penal aduz não seriam tidos como sujeitos jurídico-penais e a dissolução dos mesmos apresentar-se-ia como uma “providência sancionatória de natureza análoga à das medidas de segurança”⁹⁸. Ou seja, a dissolução da pessoa jurídica teria, aqui, o sentido de perda do objeto ou instrumento do crime, nos termos do disposto no artigo 185º do CPP. Neste sentido, aponta FERNANDO TORRÃO⁹⁹ considerando a pessoa jurídica o “instrumento/objeto do crime” da conduta ilícita por parte da pessoa física que lhe dá corpo e no segmento desta posição refere a dispensa de imputação do facto típico e ilícito ao ente jurídico, «pois isso implicaria o seu reconhecimento como sujeito jurídico-penal»¹⁰⁰, pelo que, basta que se verifique a prática de ilícitos «por alguém que utilizou [a pessoa jurídica] para aquela ilícita finalidade».

Aqui chegados, cumpre aquilatar e tomar posição quanto a tudo o que vem de dizer-se, assim, o artigo 90º-F do CP culmina a aplicação de uma pena de dissolução¹⁰¹, a qual só é aplicada mediante uma condenação nesse sentido. Ora, o legislador ao consagrar a aplicação de uma pena de dissolução (entre outras) a pessoas jurídicas pelos crimes do artigo 11º do CP pressupõe-se, inclusive, por via do disposto no artigo 9º, n.º 3 do Código Civil, que estamos perante uma verdadeira pena, não podendo esta ser encarada como uma mera “providência sancionatória de natureza análoga à das medidas de segurança”. Até porque, de um ponto de vista político-criminal, a opção do legislador ao consagrar a aplicação de uma pena de dissolução (que equivale a uma pena de morte para a pessoa coletiva) deveu-se à necessidade de punir os entes coletivos, surgindo estes como sujeitos da prática de crimes, não podendo a pessoa jurídica (e não tendo sido essa a opção

⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, As consequências jurídicas do crime, Editorial de Notícias, 1993, p. 628.

⁹⁹ FERNANDO TORRÃO, “Societas delinquere potest”? Da responsabilidade individual e coletiva nos “crimes de empresa”, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 494 e 495.

¹⁰⁰ *Apud* TERESA QUINTELA de BRITO, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, p. 657.

¹⁰¹ Para mais desenvolvimentos sobre a aplicação desta pena, JORGE dos REIS BRAVO, Direito Penal de entes colectivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 276.

legislativa) ser tida como um mero instrumento/objeto para a prática de crimes por parte das pessoas físicas que lhe dão corpo.

Assim, e aderindo *in totum* ao entendimento de TERESA QUINTELA de BRITO¹⁰², não será de exigir por parte da sociedade-espantalho um mínimo de fidelidade ao Direito, mas sim, o domínio da organização para a não comissão do facto ilícito, por razões associadas à própria estrutura em que assenta a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, e bem assim, porque se apresenta como o melhor critério para aferir a responsabilidade da sociedade dominante, dado exigir-se à própria sociedade que tenha complexidade suficiente para se auto-organizar e quando assim não aconteça, afigura-se-nos que a sociedade-espantalho não pode ser censurada pelo facto ilícito-típico que dela irrompe.

Concretizando e servindo-nos nas palavras de TERESA QUINTELA de BRITO¹⁰³, «(...) as pessoas coletivas e entidades equiparas às quais alude o artigo 90.º-F deverão poder ser penalmente censuradas pelo facto punível que se lhes imputa», o que, diremos, não acontece com as sociedades cuja organização é totalmente dominada por outra e a quem não lhes pode ser censurada a comissão do ilícito que delas brota.

Pelo exposto, a sociedade dominada (mera sociedade espantalho da sociedade que a domina) deve considerar-se inimputável¹⁰⁴ por falta de domínio da organização para a não comissão do crime. Imputabilidade criminal que acaba por ser reconduzida ao “cérebro do grupo” (sociedade de topo), porquanto este não deixa de definir a política organizacional coletiva, imprimindo o seu poder e o seu cunho nas condutas da(s) sociedade(s)-filha(s).

¹⁰² *Idem*, p. 659.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ E neste sentido, parecem, igualmente, apontar CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Imputabilidad de las personas jurídicas», em MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, AGUSTÍN JORGE BARREIRO e CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ (Ed.): Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid: Civitas Ediciones, 2005, pp. 445 a 446 e na sua esteira TERESA QUINTELA de BRITO, *op. cit.*, p. 668 e em “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, Anatomia do Crime, Coimbra, N.º 0, Julho-Dezembro de 2014, pp. 75 a 91.

3. COMPARTICIPAÇÃO NO FACTO PUNÍVEL ENTRE SOCIEDADES AGRUPADAS

Neste caso a imputação do facto típico-ilícito pode recair sobre a sociedade-mãe sempre que esta cometa o facto conjuntamente com outra sociedade do grupo ou quando instrumentalize a sociedade dominada para a comissão do crime, sendo, neste último caso, considerada autora mediata da comissão do crime.

Assim, a sociedade-mãe é “chamada” a responder criminalmente nos casos de participação entre sociedades do grupo. Esta hipótese abarca (i) as situações em que existam administradores duplos ou comuns¹⁰⁵¹⁰⁶, ou seja, quando estamos perante uma promiscuidade de administradores entre as sociedades dominante e dominada(s) e (ii) nos casos de participação entre líderes diversos de diferentes sociedades do grupo.

No primeiro caso, que é o que aqui interessa desenredar, de co-comissão estamos perante interconexões de pessoal, que ocorrem quando administradores da sociedade dominada se encontrem presentes na direção da sociedade dominante (mesmo que não possam atuar juridicamente enquanto representantes desta), cabendo-lhes uma função garantística, i.e., de garantia de prossecução de uma cultura económico-funcional definida pela sociedade dominante¹⁰⁷.

A existência de administradores duplos ou comuns, em última análise, constitui uma vantagem para a sociedade-mãe, consistindo num mecanismo harmonizador de interesses entre todas as sociedades agrupadas (atreito a impor

¹⁰⁵ Uma das características dos grupos societários consiste na interdependência de pessoal (e, bem assim, interdependência administrativa) para mais desenvolvimentos, *vide* ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, Manual de grupos de sociedades, Almedina, 2016, p. 16, que se caracteriza pela frequente circulação de trabalhadores intragrupo. Mas não se limita aos trabalhadores subordinados, acontecendo interconexão de pessoal também ao nível dos órgãos de gestão e de liderança, o que determina a existência de administradores duplos ou comuns (*interlocking directors*). Cujo objetivo consiste em assegurar uma direção uniforme em todo o grupo. Esta situação não se confunde com a possibilidade de delegação de competências prevista nos artigos 261º/2 e 407º, do CSC consoante se trate, respetivamente, de sociedades por quotas ou anónimas, cf., neste sentido, ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, op. cit., p. 317, nota de rodapé 558.

¹⁰⁶ Na doutrina germânica qualificados como “*doppelmandate*”, *vide* para mais desenvolvimentos KARSTEN SCHMIDT, Abhängigkeit und faktischer Konzern als Aufgaben der Rechtspolitik: Zu den Juristentagsgutachten von Druey und Hommelhoff, *Juristen Zeitung*, 1992, pp. 856 a 867.

¹⁰⁷ Na linha de ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, «*The sins of the son: parent company liability for competition Law infringements*», em Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, Julho-Setembro, 2010, p. 64.

a vontade e a filosofia corporativa da sociedade-mãe às suas subsidiárias). Servindo para reduzir os níveis de comunicação intragrupo, o risco de distorção de informação e propenso a estabelecer uma proximidade entre as sociedades do grupo e, inevitavelmente, um controlo por parte da sociedade de topo, enquanto responsável pela criação de uma identidade corporativa e da sua difusão por todo o aglomerado societário¹⁰⁸. Paralelamente às vantagens associadas existe o risco de conflitos de interesses entre as sociedades com administradores comuns, dado que, e expressando-nos em sentido figurado, o administrador comum ou duplo se senta, simultaneamente, na “cadeira” da sociedade-mãe e da sociedade-filha. O que pode desencadear a responsabilidade de uma e de outra, seja sob a forma de co-autoria ou autoria mediata (sociedade dominante executa o facto típico-ilícito utilizando outra pessoa-jurídica – sociedade dominada - como instrumento).

Como bem refere GERMANO MARQUES da SILVA¹⁰⁹, a lei não limita as formas de imputação às pessoas coletivas (desde que se verifiquem os critérios legais elencados no artigo 11º do CP), podendo sê-lo a título de autor, instigador ou cúmplice. Contudo, a comparticipação deve preexistir entre pessoas físicas para se poder falar em comparticipação entre pessoas jurídicas¹¹⁰. Do exposto, conclui-se que a comparticipação se sustém «no contributo prestado pelos líderes de cada uma delas»¹¹¹ (artigo 11º, n.º 2 e 4 do CP). Todavia, realça-se, por cabal importância, nunca poderá existir comparticipação entre a pessoa jurídica e os titulares dos seus (ou das suas sociedades filhas) órgãos, representantes ou dirigentes.

Aliás, nesta linha, alerta TERESA QUINTELA de BRITO¹¹² que é necessário que a conduta do administrador duplo ou comum seja equiparável à autoria, quer por força do disposto no artigo 11º/2 do CP, exigindo-se a participação de pessoa(s)

¹⁰⁸ Cf. ARNDT EVERSBERG, *Doppelvorstände im Konzern*, Berlin, 1992, p. 30.

¹⁰⁹ «*Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro*», em *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, número especial da Revista do CEJ, N.º 8, 1º Semestre de 2008, p. 96.

¹¹⁰ *Idem*, p. 97.

¹¹¹ TERESA QUINTELA de BRITO, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, p. 701.

¹¹² *Idem*, p. 702.

ao nível da liderança quer, pela salvaguarda, do domínio da organização para a comissão do facto típico (ou falta dele) a que já aludimos *supra*.

Exige-se, assim, um “facto de conexão” para se poder responsabilizar as sociedades enquanto participantes no facto ilícito. Conexão que se afere tendo por base contributos de autor típicos ou atípicos¹¹³ dos dirigentes duplos ou comuns às sociedades em relação de grupo. Sendo certo que a pessoa jurídica, enquanto “real construído”, age *ratione naturae* pelos seus líderes, o que torna necessário que estes tenham prestado contributos, em comunhão de esforços e vontades, para a prática do ilícito.

Pelo que, quando se encontre os mesmos administradores em algumas sociedades do grupo (nomeadamente na sociedade dominada e dominante), com coincidentes composições dos órgãos diretivos e deliberativos, forçoso é concluir pela latente ingerência da sociedade-mãe na gestão da(s) sociedade(s) filha(s)¹¹⁴.

Minudenciando as possibilidades de comparticipação e o título de autoria por que podem responder as sociedades:

As várias formas de autoria vêm previstas no artigo 26º do CP, sendo punível como autor quem executar o facto por si mesmo (autoria imediata), tratando-se de autor mediato, quem executar o facto “por intermédio de outrem”. O autor (sociedade dominante) não executa por si o facto, pelo menos materialmente. Deixa que outrem (sociedade dominada), ou faz com que outrem, o execute por si e para si, sendo certo que este outrem não detém nenhum domínio da organização para a não comissão do facto com relevância penal.

Esta matéria assume particular relevo uma vez que as teorias tradicionais da autoria e participação se cingem, maioritariamente, à criminalidade de natureza

¹¹³ Contributos atípicos são *v.g.* os contemplados no artigo 11º/2, b), do Código Penal, por faltar ao líder o elemento subjetivo do ilícito em causa ou por insuficiência do contributo do líder para a realização do facto típico-ilícito. O que leva à conclusão da imprescindibilidade de um contributo de autor por parte dos dirigentes das pessoas jurídicas para que estas sejam tidas como comparticipantes.

¹¹⁴ Neste sentido DANIEL PRADES CUTILLAS, *apud* TERESA QUINTELA de BRITO, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 1717.

individual, tornando-se necessário adapta-las à realidade societária, na qual os crimes são cometidos *na e através* de estruturas organizadas ¹¹⁵.

Devendo sempre que estejamos perante um caso de responsabilidade criminal de pessoas jurídicas agrupadas, procurar imputar o facto ilícito ao responsável último pela decisão da sua comissão, e não a quem se encontrar mais próximo do facto, entenda-se, a sociedade dominada.

Relativamente à coautoria e no dizer de FIGUEIREDO DIAS¹¹⁶ são dois os requisitos exigidos: “um acordo, no sentido de uma decisão conjunta; e uma execução conjunta da decisão”. Assim, a coautoria (tal como a autoria) pressupõe o domínio (ou senhorio) do facto, sendo essencial que “o agente domine o acontecimento, de tal modo que a iniciativa e a execução do facto dependam decisivamente da sua vontade”¹¹⁷. Pelo exposto, só pode ser coautor quem, por alguma forma, participa objetivamente no cometimento do crime, quem comparte com outrem o domínio do curso do facto criminoso. Servindo-nos nas palavras de TERESA QUINTELA de BRITO¹¹⁸ exige-se por força da horizontalidade, «uma representação recíproca dos coautores ao nível da realização típica, porque [i] nela intervieram, [ii] à luz de um esquema comum e reciprocamente vinculante do acontecimento de que todos são atores, e [iii] nesse âmbito, autonomamente vincularam as respetivas esferas de atuação».

Dir-se-á que, quanto à co-comissão, tem de existir uma distribuição complementar de tarefas para levar a cabo a comissão do ilícito penal, por outras palavras, uma sinergia coletiva entre as sociedades do grupo compartes. Auxiliando-nos nas teorias de participação marcadamente individuais (desenhadas para a execução de pessoas singulares), diremos que, importa que o coautor tome parte na comissão “de modo direto” ou então que tenha o “domínio funcional do facto” (domínio da organização no sentido roxiniano), sempre que, tendo em conta certo estágio da comissão, a intervenção do coautor se torne indispensável à

¹¹⁵ Como contributo nessa matéria, *vide*, FERNANDEZ IBAÑEZ, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Granada, 2006, pp. 89 e ss.

¹¹⁶ Direito Penal - Sumários e Notas das Lições, Universidade de Coimbra, 1976, pp. 57 e 58.

¹¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* p. 51.

¹¹⁸ TERESA QUINTELA de BRITO, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 1333.

comissão do crime, sob pena de sem ele o plano de conjunto falhar, ou seja, a participação de cada uma das sociedades partes tem que se mostrar essencial à comissão do facto punível, exigindo-se, sempre, um acordo de vontades, que no caso de pessoas jurídicas se terá que materializar necessariamente através dos seus líderes (artigo 11º, n.º 2, alíneas a) e b) do CP). Pois que sem acordo, não há co-comissão, isto é, uma comissão partilhada.

GÜNTER HEINE¹¹⁹ aduz nesta contenda que a responsabilidade nos grupos societários pode ser “escalonada” ou “compartilhada”, entendendo o Autor que se aplica por via analógica as regras da autoria mediata aplicáveis às pessoas singulares. Isto é, a “sociedade de trás” (que formula o propósito criminoso e decide a sua efetivação) domina a vontade da “sociedade da frente” (o instrumento ou executora que comete materialmente o facto), devendo adequar-se a medida da pena à culpa de cada sociedade, garantindo-se, sempre, as finalidades de prevenção geral e especial, tudo conforme os princípios gerais do Direito Penal. Com efeito, o facto coletivo típico é imputado a todas as sociedades participantes do grupo, posto que todas tomaram parte direta na comissão do crime por acordo ou juntamente com outra(s), bastando que nenhuma tenha sido instrumentalizada pela sociedade de topo coautora.

Quando a comparticipação se reveste na forma de autoria mediata, estamos perante casos em que a sociedade de topo comete o facto punível “por intermédio de outrem”, através da organização de que tem o senhorio. Sendo esse outem a sociedade dominada, que aparece como instrumento. Sem uma efetiva instrumentalização por parte da sociedade-mãe (sociedade de trás que formula o propósito criminoso e decide a sua efetivação) não pode haver autoria mediata, definida como execução do facto “por intermédio de outrem”, isto é, *in casu*, de outra sociedade do grupo (artigo 26º, 2.º segmento normativo, do CP). À luz do pensamento roxiniano¹²⁰ o autor mediato é aquele que tem o domínio do facto e dele é “senhor”, dele dependendo o *se* e o *como* da realização típica. Sendo nestes casos a “sociedade de trás”, que domina a organização da sociedade instrumento, considerada autora mediata do facto delitivo.

¹¹⁹ Cfr. GÜNTER HEINE, op. cit. p. 59.

¹²⁰ CLAUD ROXIN, Problemas Fundamentais de Direito Penal, Veja, 2004, pp. 145 e ss.

Como já se deixou patente, muitos aspetos relativos à responsabilização criminal dos entes coletivos ficaram por legislar. Um deles prende-se, precisamente, com o conceito de autor e as várias formas de atuação jurídico-penal que se mantêm reguladas exclusivamente para a execução singular (cfr. artigo 26º e 27º do CP) o que obriga a uma elasticidade desses conceitos, que são aplicados analogicamente aos entes coletivos, por via dos princípios gerais que norteiam a autoria e a participação.

Auxiliando-nos nas considerações tecidas por TERESA QUINTELA de BRITO¹²¹ que defende (ainda que relativamente à autoria dos dirigentes mas que cremos poder ser compatível com as teorias da autoria e participação dos entes coletivos dominantes) no caso de organizações complexas a autoria mediata opera através do domínio da organização. O que, em nosso entender, significa que a sociedade-de-trás (dominante) por via do domínio da organização de que é senhoria domina funcional e organizativamente a sociedade-da-frente (dominada) para a comissão do crime. E domina graças à existência de administradores comuns que trilham e moldam a atuação da sociedade instrumento no mercado consoante as diretrizes impostas pela sociedade instrumentalizadora.

Porquanto torna-se necessário fazer prova da intervenção fática dos dirigentes nos termos do artigo 11º, n.º2, alíneas a) e b) do CP para que a(s) sociedade(s) responda(m) penalmente na comissão do facto punível (seja enquanto sociedade comparte ou autora mediata). Na medida em que tal preceito se refere à responsabilização da pessoa jurídica quando os seus dirigentes cometem crimes e, bem assim, porque o domínio da organização para a comissão ou não comissão de crimes se exerce necessariamente pelos seus dirigentes, através dos quais esta, inevitavelmente, atua. E como tal, a conformação da organização (de todo o grupo) para uma atuação criminógena é, também, personificada pelo líder da organização de topo, mediante, por exemplo, a emissão de ordens ou instruções concretas para a comissão do crime ou na conformação da organização de que aquele é titular para o seu funcionamento/aproveitamento criminógeno.

¹²¹ Cfr., *“Autoria e participação em organizações empresariais complexas”*, Centro de Estudos Judiciários – Tomo I, Criminalidade Económico-Financeira: Temas de teoria geral do direito penal na criminalidade económico-financeira, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ), 2013, pp. 28 a 30, disponível para consulta em www.cej.mj.pt.

4. DA ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE FACTOS

4.1. SOCIEDADE DOMINADA PELA SOCIEDADE DE TOPO DO GRUPO

Toda a problemática que envolve o tema do objeto do processo assenta na necessidade dos factos, que são imputados à pessoa jurídica arguida no processo em curso, não estarem em constante mutação ao longo das diversas fases processuais, exigindo-se que fiquem cristalizados a partir de certo momento (em regra, a acusação). Conferindo assim «(...) a impossibilidade de o juiz manipular, por qualquer forma, o objeto do processo que lhe é proposto pela acusação»¹²².

Por outro lado, essa cristalização dos factos imputados à sociedade arguida implica, igualmente, que não devem existir variações sensíveis (ou intoleráveis, à luz de certos valores constitucionais e fins processuais) desses factos durante o processo, em especial variações que possam descaracterizar o complexo de factos (e, conseqüente, o enquadramento jurídico dos mesmos) anteriormente imputados à sociedade arguida na acusação. Esta pretensão de estabilidade factual é também, em parte, uma pretensão de manutenção da identidade do objeto do processo (ou seja, de preservação da identidade do conjunto de factos que no processo serão imputados à pessoa jurídica).

Se ocorrer uma alteração dos factos, esta pode ser considerada substancial ou não substancial. A alteração é substancial (artigo 1.º do CPP), quando “tiver por efeito a imputação ao arguido de crime diverso”, o que ocorre quando:

- a) Da referida adição ou modificação dos factos resulte que o bem jurídico agora protegido passa a ser diferente e distinto do primitivo¹²³;
- b) Da referida adição ou modificação dos factos resulte um facto naturalístico, que seja objeto de um diferente e distinto juízo de valoração social;

¹²² Cf. FIGUEIREDO DIAS, Sobre os sujeitos processuais no Código de Processo Penal, Jornadas de Direito Processual Penal, Edição do CEJ, Almedina, 1997, p. 33.

¹²³ Cf. GERMANO MARQUES da SILVA, Curso de Processo Penal, Volume I, Noções gerais, elementos do processo penal, Verbo, 2010, p. 382: “o crime será o mesmo, ou melhor, não será materialmente diverso, desde que o bem jurídico tutelado seja essencialmente o mesmo. E será essencialmente o mesmo quando os seus elementos constitutivos essenciais não divergirem. Se os novos factos puderem ainda integrar a hipótese de facto histórico descrita na acusação, podem alterar-se as modalidades da ação, pode o evento material não ser inteiramente coincidente com o modo descrito, podem alterar-se as circunstâncias e a forma de culpabilidade que o crime não será materialmente diverso, desde que a razão do juízo de ilicitude permaneça o mesmo”.

- c) Da referida adição ou modificação dos factos resulte a perda da “imagem social” do facto primitivo, ou seja, resulte a perda da sua identidade;
- d) O arguido não teve oportunidade de se defender dos “novos factos”, não sendo estes meramente concretizadores ou esclarecedores dos primitivos.

Os critérios são complementares e não excludentes, bastando a verificação de uma das hipóteses para se concluir que há uma alteração substancial dos factos. A alteração dos factos será não substancial - aditamento ou modificação dos factos constantes da acusação ou da pronúncia - quando não tem por efeito atribuir ao arguido um crime diverso ou alteração das sanções máximas aplicáveis. Ou seja, é toda a alteração dos factos que não é qualificada como substancial.

Assim, devidamente esclarecido o que se entende por alteração dos factos e apresentado o seu regime legal, importa apurar as hipóteses de alteração substancial/não substancial dos factos constantes da acusação ou do despacho de pronúncia que impliquem a posterior responsabilidade da sociedade absolutamente dominante, sempre que em sede de audiência de julgamento o Tribunal de Primeira Instância chegue à conclusão, com base no material probatório junto aos autos, que a sociedade em juízo é dominada por outra.

De forma a uma maior perceção da importância dos contributos (sejam eles individuais ou coletivos) que formam o facto punível coletivo, parece-nos relevante clarificar quais os contributos que sendo diferentes podem desencadear o mecanismo legal da alteração dos factos constantes na acusação ou na pronúncia (artigos 303º, 358º e 359º do CPP). Assim, se o facto punível for o mesmo, mas diferentes os contributos individuais (isto é, de pessoas singulares que sejam subalternos, trabalhadores e subordinados com a mesma relação funcional) trata-se de uma alteração não substancial, dado que não releva a identidade pessoal de quem presta o contributo individual, desde que se mantenha a qualidade funcional e os contributos para o facto coletivo.

Quando sejam diferentes as pessoas singulares, com a mesma posição de liderança (ou seja, a mesma qualidade funcional) e se mantenha o facto punível ocorre uma alteração não substancial. Já quando a posição de liderança se alterar (*v. g.*, de diretor para administrador ou de gerente para pessoa com certos poderes de autoridade para exercer o controlo da atividade coletiva em cujo exercício foi

perpetrado o facto a atribuir ao ente *ex vi* artigo 11º, n.º 4 do CP) estaremos perante uma alteração substancial.

Haverá, igualmente, uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia (porque deles não constavam) quando se adiciona um novo sócio, gerente ou administrador (novos factos, nova pessoa atuando em nome e no interesse coletivo), por implicar a imputação à sociedade arguida de um crime diverso, por força do disposto no artigo 1º, alínea f) do CPP.

À luz do que foi dito, poderá considerar-se substancial, por implicar a atribuição de um “crime diverso” à pessoa coletiva (artigo 1º, alínea f) do CPP), a descoberta: (i) de contributos (individuais e/ou coletivos) diferentes dos constantes da acusação ou da pronúncia para a prática do facto imputado à coletividade ou (ii) de que os mesmos contributos foram afinal prestados por pessoa(s) ligada(s) ao ente por um outro e diversonexo funcional. Crime diverso, não porque se altera a sua qualificação jurídica ou porque se agrava a moldura penal, mas porque são diferentes os contributos individuais, que acabam por condicionar a imputação do facto punível ao ente por força dos requisitos de imputação constantes no artigo 11º/2,4 e 6 do CP.

Do exposto pode-se extrair que não é toda e qualquer alteração da pessoa que prestou os contributos individuais que integram o facto coletivo que implica a imputação à pessoa jurídica arguida de um “crime diverso”.

E nas relações de grupo, quando é que pode ocorrer uma alteração substancial de factos? Aqui já não serão relevantes as alterações ao nível dos contributos individuais/coletivos ou do nexofuncional que não se traduzam numa ligação à sociedade dominante, pois o que se pretende é apurar critérios de imputação de responsabilidade criminal à sociedade-mãe por crimes praticados pela sociedade-filha. Como já se aludiu acima, para se imputar os factos que irrompem da pessoa jurídica dominada é necessário uma ligação entre as sociedades, um nexode conexão, que se deverá traduzir numa compressão da autonomia, capacidade organizativa e de gestão da sociedade dominada por força da influência e ingerência aplicadas pela sociedade absolutamente dominante, seja por via de integração vertical na sua organização, pela substituição na gestão de administradores da sociedade dominada, pela confusão/promiscuidade de administradores (que, como se verificou *supra*, consubstanciará numa verdadeira

co-comissão do facto punível entre sociedades coligadas, despoletando a responsabilização de ambas).

Do exposto, se em sede de julgamento em primeira instância, a sociedade trazida a juízo provar que se insere numa relação de grupo de facto e que é afinal dominada pela sociedade de topo (por exemplo, se se descobre que os administradores/gerentes/sócios de direito da sociedade dominada são afinal administradores/gerentes/sócios de facto da sociedade de topo), ainda que não haja alteração ao nível dos contributos individuais para o facto coletivo, nem do nexos funcional dos agentes individuais à sociedade (que, afinal, se vem a descobrir ser totalmente dominada), estamos perante uma alteração substancial dos factos que sustentavam a condenação da sociedade dominada. Justamente porque o nexos funcional das pessoas físicas (administradores/gerentes/sócios) com a sociedade dominante não consta da factualidade descrita na acusação ou no despacho de pronúncia (quando tenha sido aberta Instrução e a sociedade dominada tenha sido pronunciada para julgamento) e como já se teve oportunidade de concluir no Ponto I do presente Capítulo, não se nos afigura justo censurar a sociedade-espantalho por esta não ter o domínio da organização para a comissão do facto punível. Perante isto, importa descortinar quais os mecanismos processuais disponíveis para “chamar” a sociedade dominante e qual a proteção jurídica que pode ser dada à sociedade dominada.

Portanto perante a descoberta de novos factos no decurso da fase de julgamento e que se traduzem numa alteração substancial, desde que não determinem a incompetência do tribunal, parece-nos ser de conjecturar duas situações possíveis: (i) ou há acordo, entre o Ministério Público, a sociedade arguida e o/a assistente (quando se haja constituído), sobre a continuação do julgamento pelos novos factos agora descobertos, sendo em tal caso irrelevante a questão da autonomização ou não dos novos factos com os constantes no objeto do processo (que falaremos adiante); ou não havendo acordo, já se torna necessário aferir da relação dos novos factos com os constantes na acusação ou na pronúncia.

No caso em apreço, a hipótese de acordo (artigo 359º, n.º 3 do CPP) entre os sujeitos processuais, salvo melhor opinião, não será de aplicar e parece pouco plausível, pelo facto de a sociedade dominante não ser interveniente no processo em curso (em que é somente arguida a sociedade dominada), não se podendo

discutir novos factos potenciadores de atribuição de responsabilidade criminal a alguém que não intervém no processo e, portanto, não tem ensejo de apresentar defesa (e sem possibilidade de requerer a abertura de instrução), respeitando-se, desta feita, o princípio do acusatório. Por isso, não está na disponibilidade da sociedade arguida nem dos outros sujeitos processuais permitir a continuação do processo, sem inquérito contra a sociedade dominante¹²⁴. Paralelamente, prosseguindo o julgamento pelos novos factos (integração vertical da sociedade dominada na organização da dominante, substituição na gestão de administradores da sociedade dominada) a atuação da sociedade dominante nunca poderia ser objeto de responsabilidade criminal dado o processo em curso se dirigir apenas contra a sociedade dominada, ficando inviabilizada a instauração de processo-crime por eles, por violação do princípio do *ne bis in idem*¹²⁵ (artigo 29º, n.º 5 da CRP). A par do exposto, ficariam igualmente prejudicados os interesses de perseguição do crime, realização da justiça e descoberta da verdade material, razões suficientes para o Ministério Público inviabilizar tal acordo.

Em conformidade, o alargamento do processo só pode dizer respeito à sociedade arguida que tenha sido acusada ou pronunciada, não se podendo prejudicar a pessoa jurídica dominante que não foi constituída arguida no processo em curso¹²⁶.

Não sendo verossímil tal acordo e cotejando tudo quanto vem de dizer-se com o expressamente previsto no artigo 359º, n.º 1 do CPP a alteração dos factos não pode ser tomada em conta pelo tribunal para efeitos de condenação ou absolvição, nem implica a extinção da instância.

Aqui chegados importa abrir caminho ao regime jurídico dos factos autonomizáveis e não autonomizáveis, começando por ressaltar que esta definição apresenta um considerável acervo doutrinário e jurisprudencial.

¹²⁴ Cf., neste sentido, TERESA BELEZA, As Variações do objeto do processo no Código de Processo Penal de Macau, em Revista Jurídica de Macau, Volume IV, n.º1, Janeiro-Abril de 1997, p. 49.

¹²⁵ Para mais desenvolvimentos acerca deste princípio e a diferença entre objeto do processo e factos *vide* Inês Ferreira Leite, *Ne (idem) bis in idem*. A proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público, Tese de Doutoramento, 2015.

¹²⁶ *Vide* PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.ª Ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 893.

De acordo com PAULO de SOUSA MENDES¹²⁷, «o conceito de factos autonomizáveis resume-se à possibilidade de os desligar daqueles outros que já constituem o objeto do processo, de tal sorte que, sem prejudicar o processo em curso, sejam criadas as condições para se iniciar um outro processo penal sem violação do princípio *ne bis in idem*». Por seu turno, FREDERICO ISASCA¹²⁸ «os factos são autónomos ou autonomizáveis quando podem, por si só, e portanto independentemente dos factos que formam o objeto do processo, serem suscetíveis de fundamentar uma incriminação autónoma em face do objeto do processo».

Os factos que suscitam uma alteração substancial em relação aos presentes na acusação ou na pronúncia, serão não autonomizáveis, quando não possam ser destacados do processo penal em curso e integrar o objeto de um processo penal autónomo, sem violação do princípio do *ne bis in idem*, consagrado no artigo 29º, n.º 5, da CRP.

Percebe-se a cabal importância desta distinção, que se torna determinante para o desfecho do processo em curso contra a sociedade dominada. No caso de os factos serem autonomizáveis em relação ao objeto do processo, a comunicação da alteração ao Ministério Público “vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos” (artigo 359º, n.º 2 do CPP) contra a sociedade dominante. Se os factos não forem autonomizáveis em relação ao objeto do processo, a alteração “não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso, nem implica a extinção da instância (n.º1 do referido artigo), ficando assim precludida a apreciação de responsabilidade criminal da sociedade-mãe do grupo.

Atento o exposto, importa apurar se a ligação funcional dos factos à sociedade dominante (isto é, a descoberta da participação da sociedade dominante na gestão da dominada ou a substituição na gestão dos seus administradores /gerentes/sócios), é um facto autonomizável em relação ao objeto do processo

¹²⁷ PAULO de SOUSA MENDES, “*O Regime da Alteração Substancial de Factos no Processo Penal*”, em MÁRIO FERREIRA MONTE (Coord.), *Que futuro para o Direito Processual Penal?* Simpósio em homenagem a JORGE de FIGUEIREDO DIAS, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português (Organização de Mário Ferreira Monte, et al.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 758 e 759.

¹²⁸ Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português, Coimbra, Almedina, 1992, p. 203.

dirigido apenas contra a sociedade dominada, para efeitos de abertura de procedimento criminal contra a sociedade dominante, sendo a sociedade-espantalho absolvida da prática do crime no processo em curso, tudo nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 359º, n.º 2 do CPP.

Com efeito, perante a descoberta de uma efetiva participação na gestão da sociedade dominada, seja porque, por exemplo, a sociedade de topo participa na escolha dos seus administradores, emite diretivas e instruções que se traduzem num mecanismo de heterocondução social (comprimindo a sua autonomia e capacidade decisórias) ou porque substitui na gestão os administradores da sociedade subordinada, será que se pode autonomizar estes factos relativamente aos presentes na acusação ou na pronúncia?

Salvo melhor opinião, crê-se que sim. Os novos elementos factuais indiciam a participação da sociedade dominante na prática do crime então imputado à sociedade dominada, potenciando a sua absolvição, precisamente porque não tem o domínio da organização para a não comissão do crime. O que implica, quanto a estes factos plenamente autónomos a aplicação das regras gerais sobre o conhecimento da notícia do crime, desta feita, abre-se um novo inquérito para averiguação dos factos descobertos, por força dos artigos 242º, n.º1, 243º e 262º, n.º2, todos do CPP, uma vez que «(...) não há quaisquer razões para enxertar no processo originário o julgamento daquela novidade a qual nada pode aproveitar a investigação já feita a propósito do tema inicial do processo (...)»¹²⁹, pois a investigação carreada para os autos diz respeito apenas à sociedade dominada.

Não operando a conexão de processos, pois pelo exposto no artigo 24º, n.º 2 do CPP, esta só ocorre quando os processos estejam na mesma fase processual.

Alerta-se que, aquando da abertura de um novo inquérito, independente do primitivo contra a sociedade dominada, não se pode fazer *a priori* um juízo de culpabilidade acerca dos factos objeto de inquérito contra a sociedade dominante, sob pena de total subversão do princípio do acusatório. Ou seja, não obstante os indícios que existem contra esta sociedade, a objetividade, imparcialidade e independência do Ministério Público (decorrentes do seu Estatuto) não sofrem (ou não devem sofrer) qualquer abalo. Portanto, a promoção de um novo processo não

¹²⁹ QUIRINO SOARES, “Convolações”, em *Coletânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano II, Tomo III, 1994, p. 21.

deve ter implícita a obrigatoriedade de dedução de acusação contra a sociedade de topo, nem tão pouco de um juízo condenatório¹³⁰. É, portanto, independente das considerações feitas no processo contra a sociedade dominada (diga-se, a alteração de factos e a decisão de os considerar autonomizáveis, valendo tal como denúncia para o Ministério Público).

Em conformidade, como refere JORGE de FIGUEIREDO DIAS¹³¹, o «ónus de investigar e esclarecer officiosamente (...) o facto submetido a julgamento (...) em nada se opõe ao princípio da acusação, nem sequer a uma estrutura basicamente acusatória do processo penal (...) só significa (...) que a atividade investigatória do tribunal não é limitada pelo material de facto aduzido pelos outros sujeitos processuais, antes se estende autonomamente a todas as circunstâncias que devam reputar-se relevantes».

Seguindo o processo primitivo contra a sociedade dominada o seu curso normal quanto aos factos que lhe vinham imputados na acusação ou no despacho de pronúncia, devendo afinal ser dada uma decisão de mérito, que em nosso entender, e perante a factualidade já aqui descrita e analisada, deve culminar na sua absolvição.

4.2. COMPARTICIPAÇÃO ENTRE SOCIEDADES AGRUPADAS

A existência de administradores duplos ou comuns às sociedades em relação de grupo, consubstancia, como se elucidou acima, um caso de co-comissão (comparticipação) do facto punível entre sociedades agrupadas, ou seja, estamos perante um critério de atribuição de responsabilidade criminal à pessoa jurídica (sociedade-mãe ou sociedade-filha, conforme a acusação seja dirigida apenas quanto a uma delas), assente na imputação funcional e objetiva do facto coletivo a algum dirigente.

¹³⁰ Veja-se a concisa afirmação de FREDERICO ISASCA, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 181, «uma coisa é a obrigatoriedade da abertura de inquérito, outra, a de deduzir acusação». Nesta senda, basta para o Ministério Público abrir inquérito pelos novos factos, a fundada suspeita de que estes se verificaram e que podem ser julgados em processo autónomo.

¹³¹ JORGE de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, reedição da 1ª Edição de 1974 (Clássicos Jurídicos), Coimbra: Coimbra Editora 2004, p. 192.

Nos casos de comparticipação entre sociedades agrupadas haverá uma alteração substancial dos factos¹³², sempre que, em sede de julgamento em primeira instância se comprove a existência de administradores duplos ou comuns às sociedades em relação de grupo de facto. Ou seja, e com relevância para o tema em estudo, a sociedade-mãe poderá ser responsabilizada penalmente sempre que a sociedade-filha arguida no processo em curso, consiga carrear para os autos elementos probatórios que permitam ao Tribunal extrair a conclusão que no seio da sua administração se encontram presentes administradores da sociedade de topo, que interferem na sua linha de condução empresarial e porquanto também participam na comissão do facto coletivo punível.

Estamos, nestes casos, perante a descoberta de um novo agente comparticipante¹³³, ou seja, descobre-se, mercê da existência de administradores comuns às sociedades dominante e dominada, que outra sociedade participou na comissão do crime, dado que o objeto do processo penal em curso se dirigia apenas contra uma delas. Será que a descoberta deste novo facto se pode considerar autonomizável em relação ao objeto do processo em curso?

Toda a matéria de alteração do objeto processual é responsável pelo aguçar de múltiplas discussões e divergências doutrinárias, não escapando esta questão a essa realidade. Importa, portanto, fazer a destrição do que se entende por alteração. Como bem refere FREDERICO ISASCA¹³⁴ alterar é modificar, o que pode implicar a modificação dos factos, a subtração ou a adição de novos factos face àqueles que constam inicialmente do objeto do processo. E é na adição de factos que importa focar. Pois a descoberta de um novo agente comparticipante (neste

¹³² Cfr., v.g., em sentido idêntico, o Ac. do STJ de 7 de Janeiro de 1999, Processo n.º 98P1120, Relator: DIAS GIRÃO, disponível para consulta em www.dgsi.pt, «havendo o tribunal coletivo considerado no decurso da audiência que o arguido teria cometido o crime de que vinha acusado, não na forma de cumplicidade, como do libelo constava, mas como seu autor material, e tendo classificado essa situação como de "alteração não substancial dos factos", quando na realidade representa uma alteração substancial dos mesmos».

¹³³ Veja-se o caso em que a comparticipação na execução do crime já é conhecida, mas descobre-se que reveste outra forma «A alteração na sentença da participação do agente constante da acusação, de coautor, para cúmplice, traduz alteração não substancial dos factos (...)», em Ac. do TRC, Processo n.º 224/02.6TAVNO.C1 de 1 de Junho de 2011, Relator: MOURAZ LOPES, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

¹³⁴ Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português, Coimbra, Almedina, 1992, p. 97.

caso que a sociedade de topo participou na comissão do crime) consubstancia um facto novo.

Há na doutrina quem subdivide a figura dos factos autonomizáveis, admitindo a existência de casos mistos, nomeadamente, configurando a existência de factos atomísticos, i.e., que extravasam o objeto do processo em curso¹³⁵. No caso vertente, adiciona-se um novo agente participante na comissão do mesmo crime, que inicialmente apenas se dirigia a uma sociedade (por apenas existirem elementos probatórios contra uma das sociedades agrupadas, por se desconhecer a existência de uma relação de grupo ou a existência de administradores comuns à sociedade arguida e a outra(s) do grupo). Tratando-se da “introdução” no processo de uma outra sociedade, possivelmente implicada na comissão do mesmo crime, por força do disposto no artigo 359º do CPP e em respeito pelos princípios que norteiam o nosso Processo Penal, quanto aos novos factos agora descobertos deve o Ministério Público abrir novo inquérito.

MARQUES FERREIRA¹³⁶ considera, a este propósito, que se trata de uma alteração substancial, pois o crime será diverso do ponto de vista processual, pela descoberta de um agente participante. Ora, o novo facto descoberto (no processo) altera o grau de participação da sociedade arguida¹³⁷, passando de autora material para coautora na comissão do mesmo crime.

Cumprido desenredar esta questão, cotejando o que se disse com o artigo 359º do CPP e apresentando os possíveis destinos processuais quer da sociedade arguida, como da sociedade descoberta comparte.

Destarte, a indicição (pois nesta fase não se podem considerar provados) dos factos acima descritos apresenta-se como autonomizável em relação ao objeto do processo respeitante à sociedade arguida, pelo que, os autos devem prosseguir os seus termos por forma a apurar a responsabilidade desta sociedade, tendo por base a sua participação (ilicitude, o grau de culpa, gravidade dos factos,

¹³⁵ HENRIQUE SALINAS, Os limites objetivos do *ne bis in idem*, Universidade Católica, 2014, pp. 321 e ss e CRUZ BUCHO, Alteração Substancial Dos Factos Em Processo Penal, 2009, disponível para consulta em www.trg.pt, secção documentação/estudos.

¹³⁶ Da alteração dos factos objeto do processo penal, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano I, Fascículo 2, Abril-Junho 1991, pp. 230 e 231.

¹³⁷ Cf., o aresto de Uniformização de Jurisprudência 7/2008, de 25 de Junho de 2008, o qual refere «(...) face a alteração decorrente da requalificação da participação do agente de coautoria para autoria (...)», admitindo tratar-se de uma alteração substancial a descoberta de uma diferente participação no cometimento do crime.

necessidades de prevenção geral e especial, entre outros) na comissão do crime. Tanto mais que, cremos, a descoberta de uma outra sociedade do grupo na comissão do mesmo crime, ou seja, descoberta de comparticipação, relativamente à sociedade arguida no processo primitivo, se revela um facto autonomizável, tudo conforme o disposto no artigo 359º, n.º 1 e 2 do CPP.

Quanto à sociedade do grupo comparte, o facto descoberto é totalmente novo, pois a participação desta sociedade não figurava no libelo e, apesar de comungar alguns traços com o objeto do processo primitivo (estar-se-á perante a co-comissão do mesmo facto punível, i.e., as sociedades serão partes na comissão do mesmo crime, ainda que sejam responsabilizadas em processos penais diferentes¹³⁸) poderá constituir um objeto processual autónomo¹³⁹, no qual se apurará a responsabilidade da(s) sociedade(s) participante(s).

¹³⁸ Pode suscitar-se, neste ponto, por força do previsto no artigo 133º, n.º 2, do CPP, se a sociedade arguida no processo primitivo poderá, pela pessoa do seu representante legal (artigos 25º e 26º do CPC, *ex vi* do artigo 4º do CPP), testemunhar no processo novo contra a sociedade comparte (podendo ser necessário para a consolidação dos elementos de prova presentes nos autos trazer o testemunho da sociedade coarguida ao processo).

Refere ANTÓNIO ALBERTO MEDINA de SEIÇA, O Conhecimento Probatório do Coarguido, Coimbra Editora, 1999, p. 49, que o impedimento na situação de comunhão processual (que não é o caso em análise), contemplada no artigo 133º, n.º 1, al. a), do CPP, é absoluto (porquanto, mesmo que para tanto dê o seu consentimento, o coarguido não pode depor como testemunha, as declarações que prestar serão sempre na qualidade de arguido), ao passo que na situação prevista no n.º 2 do referido preceito o impedimento assume carácter relativo, pois o declarante pode consentir prestar depoimento.

Tem-se entendido que quem não é (nunca foi) arguido pode e deve testemunhar, estando o suspeito, não constituído arguido, abrangido pela norma (de proibição de valoração como prova contra si das declarações que prestar) do artigo 58º, n.º 5, do CPP.

A discussão que, a este propósito, interessa empreender gira, sobretudo, em torno da questão de saber se o arguido cujo processo terminou deixa de estar impedido de testemunhar nos processos dos restantes coarguidos em relação ao mesmo crime. Ora, a qualidade de arguido cessa com a decisão definitiva que ponha termo ao processo (cfr. artigo 57º, n.º 2, do CPP). Se o processo primitivo onde foram descobertos os novos factos já tiver transitado em julgado, poderá o representante legal dessa sociedade testemunhar no novo processo contra a(s) sociedade(s) comparte(s) pela comissão do mesmo crime?

No Ac. do TRL de 22 de Maio de 2013, Processo n.º 666/07.0JFLSB.L1-3, Relator: LAURA GOULART MAURÍCIO (disponível para consulta em www.dgsi.pt), num caso de suspensão provisória do processo, tendo ambos os arguidos cumprido as injunções que lhes foram impostas, o que determinou a prolação de despacho de arquivamento, decidiu-se que «(...) inexistente qualquer impedimento legal para o ex-arguido depor como testemunha no julgamento de outro coarguido, sendo inaplicável o art.º 133º, n.º 2, do CPP, pois inexistente razão para que não seja, obrigatoriamente, prestado o respetivo depoimento como testemunha sem necessidade de qualquer consentimento». Também o Tribunal Constitucional se pronunciou no Acórdão n.º 133/2010, explanando que «(...) o Tribunal entende que a norma que estabelece o assinalado impedimento relativo visa, exclusivamente a proteção dos direitos do coarguido, enquanto tal, no processo

De ressaltar que nestes casos, o acordo previsto no n.º 3 do referido preceito não pode ser admitido pois a sociedade arguida não pode permitir, com o consentimento dos restantes sujeitos processuais, a continuação do julgamento abrangendo os novos factos, na medida em que estes implicam uma sociedade que não foi constituída arguida no processo e, bem assim, porque a responsabilidade criminal tem carácter individual. Não existindo, igualmente, a possibilidade de conexão de processos, dado se encontrarem-se em fases processuais distintas (artigo 24º, n.º 2 do CPP).

Por forma a exemplificar o que se vem dizendo, veja-se o Acórdão do TRE¹⁴⁰, no qual a sociedade arguida A pertencente a um grupo societário, cuja sociedade de topo era a M, tendo ambas as sociedades como administrador comum D. O que poderia despoletar a acusação das duas sociedades agrupadas como coautoras materiais do crime de abuso de confiança contra a Segurança Social. Bastaria para tal que o Ministério Público tivesse conseguido demonstrar na acusação e em sede de audiência e julgamento a intervenção fáctica de D, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 11º, n.º 2 do CP. Não o tendo conseguido, nem sequer quanto à sociedade A e aos próprios arguidos B e C (que por carência de prova não ficou provado se tinham ou não o domínio do facto), o Tribunal *ad quem* acabou por confirmar a decisão recorrida, que determinou a absolvição da sociedade e dos arguidos pessoas singulares, reforçando no acórdão que o Ministério Público deveria ter «(...) produzido prova esclarecedora do modo de funcionamento (...)» da sociedade A, que não logrou recolher indícios suficientes por forma a acautelar a condenação da sociedade arguida através da

pertinente, em ordem a garantir o seu direito de se não autoincriminar». O que, salvo melhor entendimento, quererá dizer que, já tendo sido julgado e tendo transitado em julgado o processo respeitante ao apuramento da sua responsabilidade criminal, não haverá qualquer objeção ao seu testemunho, com ou sem o seu consentimento. *Vide*, ainda e para mais desenvolvimentos, TEREZA PIZARRO BELEZA, “*Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de coarguido no Processo Penal Português*”, em Revista do Ministério Público, n.º 74, pp. 39 e ss.

¹³⁹ Há, todavia, especificidades no que respeita aos crimes semipúblicos e particulares que exigem o prévio exercício do direito de queixa (entre outros pressupostos) por parte dos respetivos titulares (artigos 49.º e 50.º do CP) dado o Ministério Público não ter legitimidade para promover a ação penal nesses casos.

¹⁴⁰ Processo n.º 170/08.0TAVVC.E1, Relator: JOÃO AMARO de 12-06-2012, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

discrição minuciosa de todos os contributos para o facto coletivo e, bem assim, do funcionamento da sociedade¹⁴¹.

Acresce que, a descoberta em julgamento de que D seria igualmente administrador da sociedade A («[...] conselho de administração desta sociedade era composto por C como presidente e por B e D como vogais [...]» apresentando-se como vogal do seu conselho de administração) e da sociedade B («[...] assumiria [...] as funções de administrador delegado da “M.”, com as funções de coordenação e supervisão das atividades das empresas do grupo “M.” [...]»), deveria ter levado a uma alteração substancial de factos, em nosso entender, autonomizáveis pois importaria apurar a responsabilidade criminal da sociedade M (que não vinha acusada no processo em causa) como coautora da comissão do mesmo crime. Abrindo-se um novo inquérito, no qual, e para consolidar a acusação que viesse a ser proferida, era necessário comprovar a intervenção fáctica de D¹⁴², o que em bom entender, nem aconteceu no processo contra a sociedade A, tendo essa carência de prova do funcionamento da sociedade arguida resultando na sua absolvição¹⁴³, tendo-se posto em causa a justiça no caso concreto e as finalidades

¹⁴¹ Também neste sentido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de Abril de 2013, Processo 496/11.5IDL.SB.L1-3, Relator: JORGE RAPOSO, «Porém, se é certo que mesmo sem se determinar o agente físico concreto responsável, seria possível a responsabilização e condenação da sociedade arguida nota-se que o facto de não ter sido investigado e acusado o sócio (de facto ou de direito) da sociedade no momento da consumação, neste contexto e neste momento processual, implicaria a adição e apreciação de factos que não estão na acusação para se manter a condenação da arguida sociedade. Era ao Ministério Público que competia acautelar a condenação da arguida através da articulação de todos os factos necessários à sua responsabilização, a qual deriva mediatamente da responsabilização dos agentes físicos e exige a narração factual de todos os respetivos factos típicos», determinando a absolvição da sociedade arguida.

¹⁴² Não obstante a tal o seu falecimento, veja-se, neste sentido, Ac. do TRL, Processo n.º 6245/2007-5 de 23 de Outubro 2007, Relator: FILIPA MACEDO, estabelecendo que «(...) a extinção do procedimento criminal, relativamente à pessoa física não se estende à pessoa coletiva, porquanto o facto determinante daquela extinção não apaga a culpa do agente, pessoa física, que só não será julgado e punido ou absolvido porque faleceu. As causas de extinção do procedimento criminal, como a prescrição e a morte/liquidação da sociedade verificam-se separadamente, reportando-se a cada arguido isoladamente considerado».

¹⁴³ Vide o Ac. do TRP Processo n.º 106/09.0IDBRG.P1 de 7 de Março de 2012, Relator: JOSÉ PIEDADE, que de modo expressivo critica a apreciação probatória levada a cabo pelo tribunal *a quo* «(...) absolve-se a gerente porque não geria de facto, e absolve-se a sociedade porque a sua gerente legal é absolvida. Ora, é fácil de ver que a decisão está errada, e a manter-se abriria o caminho para a impunidade total, nesta área dos crimes tributários». O Tribunal de Primeira Instância não teve o cuidado de, face aos elementos probatórios carreados nos autos, perceber quem, de facto, tomava as decisões e, portanto, assumia, de facto, a gerência da sociedade arguida, acabando por trilhar um caminho facilitista ao absolver a sociedade arguida porque a sua gerente *de jure* não tinha qualquer

do Processo Penal. E, bem assim, o desaproveitamento de “chamar” a sociedade M a responder criminalmente por força do vínculo que D estabelecia entre ambas as sociedades.

Em suma, e como já se deixou claro ao longo desta análise, o apuramento da responsabilidade de um ente coletivo, ademais quando se encontra inserido numa relação de grupo, exige a compreensão de todo o funcionamento e cultura corporativa da organização, não bastando para tal, o recurso à certidão de registo comercial da sociedade arguida (como aconteceu *in casu*).

4.3. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DOS FACTOS NA FASE DA INSTRUÇÃO

Cumpra ajuizar, havendo abertura da instrução, se o que se disse *supra*, pode, igualmente, valer em fase de Instrução, isto é, se no decorrer da fase instrutória se chegar à conclusão que a sociedade arguida é dominada por outra ou que os factos de que esta vem acusada foram, afinal, praticados a título de comparticipação com outra(s) sociedade(s) do grupo (quando a acusação incida apenas contra uma delas).

Significa isto que, nesta fase, será a acusação e o requerimento de abertura da instrução que irão vincular o JIC e servir de referência à decisão instrutória.

A instrução, enquanto fase preliminar e facultativa, não tem como função a predefinição ou sequer a determinação da responsabilidade de alguém pela prática de um crime, mas, tão-só, a verificação da razoabilidade da sujeição ou não do arguido a julgamento, perante todos os elementos disponíveis, neste caso, ira-se indagar da razoabilidade de sujeição a julgamento da sociedade dominada perante os elementos carreados nos autos.

papel na condução da vida social da sociedade, ignorando por completo onexo funcional que o pai daquela tinha com a sociedade, suficiente para a condenação desta. Neste sentido, quem tinha autoridade para exercer o controlo da atividade coletiva era um gerente de facto, pelo que, nem todos os administradores/gerentes *de jure* podem responsabilizar o ente jurídico, é necessário que efetivamente exerçam funções de direção/gerência (artigo 11º, n. 2 do CP). Sendo o pai da gerente de direito quem exercia de facto as funções próprias dos titulares de órgão da sociedade em causa.

Assim, no caso da descoberta pelo Tribunal da existência de uma situação de domínio sobre a sociedade arguida, i.e., que esta sociedade é totalmente hetero-administrada pela sociedade-mãe do grupo, não sendo plausível o prosseguimento da acusação contra ela (por não ter o domínio da organização para a não comissão do facto punível pelo qual vem acusada), estamos perante uma alteração substancial dos factos, uma vez que, a existência dessa falta de autonomia organizativa, de administração e de condução da sua “vida social” não se encontrava descrita na acusação ou no requerimento de abertura da instrução. Alteração, essa, que será autonomizável em relação ao objeto do processo em curso (pelas razões e argumentos já expendidos acima).

Cotejando estas considerações com o previsto no artigo 303º, n.º 3 do CPP, quando se trate de uma alteração substancial dos factos descritos na acusação, esta não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de pronúncia no processo em curso, nem implica a extinção da instância no tocante à sociedade dominada. Porquanto, tratando-se de factos novos, plenamente autonomizáveis, na medida em que podem ser destacados do processo e integrar o objeto de um processo penal autónomo, pode o Ministério Público providenciar pela abertura de um novo inquérito contra a sociedade dominante, sem violação do princípio do *ne bis in idem* (artigo 29º, n.º 5 da CRP).

Diversos Autores¹⁴⁴ trazem à colação a possibilidade de um acordo, a par do que se encontra previsto para a fase de julgamento, contudo, continua o legislador a não permitir essa solução de consenso, tal qual não permitia no anterior regime. Continuando o Juiz de Instrução Criminal a não poder pronunciar o arguido por factos novos apurados nos atos da instrução ou no debate instrutório, que importem numa alteração substancial do objeto do processo – independentemente de os novos factos serem ou não autonomizáveis - na eventualidade de tanto o arguido, o Ministério Público e o assistente manifestarem a sua concordância.

¹⁴⁴ Cfr., FREDERICO ISASCA, *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 178, defendendo que tal solução visava obter ganhos em economia e celeridade processual no respeito pelos princípios do acusatório, do contraditório e demais direitos de defesa do arguido.

A este propósito, PAULO PINTO de ALBUQUERQUE¹⁴⁵ sustenta a aplicação analógica do artigo 359º, n.º 2, do CPP «em conformidade com a nova ideologia do CPP de aproximação da fase de instrução à de julgamento».

A problemática da alteração substancial dos factos na fase da Instrução agudiza discussão doutrinária e jurisprudencial que, sem grandes delongas e a traço grosso, se irá dar conta.

PAULO PINTO de ALBUQUERQUE sustenta que em tais casos o juiz pode tomar uma de três decisões, a saber: «a) O juiz decide que os factos novos são autonomizáveis em relação ao objeto do processo e comunica a alteração ao MP para os efeitos tidos por convenientes, devendo este abrir inquérito autónomo quanto aos mesmos; b) O juiz decide que os factos novos não são autonomizáveis em relação ao objeto do processo e determina que os factos não podem ser tomados em conta pelo tribunal para efeito de prolação do despacho instrutório; c) O juiz pode ainda conhecer dos factos novos que constituam uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou no requerimento de abertura de instrução por acordo com o arguido, o Ministério Público e o assistente, aplicando-se analogicamente o artigo 359º, n.º 2, em conformidade com a nova ideologia do CPP de aproximação da fase de instrução à de julgamento (...)»¹⁴⁶. Refere o autor que se trata de uma solução «(...) não inteiramente satisfatória na perspetiva da justiça penal substantiva».

Atualmente GERMANO MARQUES da SILVA¹⁴⁷ postula que a solução consagrada pelo legislador é a que melhor respeita a estrutura acusatória do nosso Processo Penal, uma vez que «(...) o juiz não determina nem direta nem indiretamente o conteúdo da nova acusação e que a finalidade da instrução não é tanto a de continuar a investigação realizada no inquérito, mas a de comprovar a legalidade da acusação já deduzida com base nas provas recolhidas no inquérito e completadas na instrução».

¹⁴⁵ PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.ª Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 763.

¹⁴⁶ *Idem*, pp. 798 e 799.

¹⁴⁷ GERMANO MARQUES da SILVA, Curso de Processo Penal, Volume III, Verbo, 2009, p. 157.

Sobre o mesmo assunto, discorre MAIA GONÇALVES¹⁴⁸ que no caso de os novos factos não serem autonomizáveis em relação ao objeto do processo, afigura-se solução mais acertada, ao invés da opção consagrada pelo legislador de 2007, a de não proferir decisão instrutória no sentido de se abrir inquérito quanto aos factos novos, que deverão ser apreciados globalmente com os antigos.

Por seu turno, FREDERICO ISASCA¹⁴⁹ entende que a solução adequada será a reabertura do inquérito (levando à suspensão da instância¹⁵⁰), chamando à colação, neste particular, os artigos 276º, n.º1, al. c) e 279º, n.º 1, ambos do CPC, *ex vi* artigo 4º do CPP. Ou seja, inquérito reaberto por todos os factos, não só os constantes no libelo ou no requerimento para abertura de instrução mas também, com os novos factos resultantes dos atos de instrução. Mais refere o Autor, que esta “reabertura do inquérito” não provoca situações de litispendência, uma vez que, o processo é o mesmo, regressando à fase da investigação para, se for caso disso, ser completado.

Assim, sempre que dos atos de instrução ou do debate instrutório resultar fundada suspeita de que a sociedade trazida a juízo e arguida no processo é, afinal, dominada por outra, que a hetero-administra ou que a prática do facto punível ocorreu mediante participação entre sociedades agrupadas (incidindo a acusação apenas contra uma delas), o JIC pode tomar duas posições, a saber, no primeiro caso, estamos perante novos factos plenamente autónomos e que, por isso, podem ser separados do processo no qual foram descobertos, na medida em que não se encontram imbricados a este. Cabendo ao JIC dar deles conhecimento ao Ministério Público, arguido e assistente (caso haja sido constituído), valendo

¹⁴⁸ Código de Processo Penal - Anotado e Legislação Complementar, Almedina, 2009, anotação ao artigo 303.º, p. 651.

¹⁴⁹ Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância (...), op. cit., pp. 178 a 187.

¹⁵⁰ Contra a suspensão da instância com o argumento de que o processo ficará “à espera de coisa nenhuma”, e, em prol da solução de absolvição da instância, remeter para inquérito toda a realidade factual, não só os factos constantes na acusação mas também, os resultantes das diligências dos atos e debate instrutório, JOSÉ SOUTO de MOURA, “Notas Sobre o Objeto do Processo (A Pronúncia e a Alteração Substancial dos Factos)”, em Revista do Ministério Público, Ano 12, N.º 48, pp. 70 e ss. Por sua vez, ANTÓNIO LEONÊS DANTAS, defendia a solução da impossibilidade superveniente da instrução e do respetivo arquivamento, por via da aplicação analógica do artigo 277º, n.º 1 do CPC, afirmando que «(...) este arquivamento por ser uma decisão de forma não impede que novo processo seja instaurado para indagação dos factos objeto do processo inicial» em “A Definição e Evolução do Objeto do Processo no Processo Penal”, em Revista do Ministério Público, Ano 16, Julho – Setembro, 1995, N.º 63, p. 104.

como denúncia, nos termos do artigo 303º, n.º 5 do CPP, o qual ordenará a instauração de processo de inquérito contra a sociedade dominante a fim de indagar da sua responsabilidade criminal.

E dado que, com a suspeita da verificação dos novos factos (hetero-administração da sociedade arguida por parte da sociedade-mãe do grupo, mediante a ingerência na gestão daquela, por via da utilização de administradores [afinal de facto] da sociedade dominante) o natural é que os factos constantes do objeto do processo contra a sociedade dominada fiquem desprovidos do mínimo de fundamento probatório¹⁵¹, na medida em que não permitem fundamentar a prolação de um despacho de pronúncia, dado o ente jurídico-espantalho não se auto-organizar, autodeterminar e autoconduzir (por razão que não lhe é imputável) e, portanto, não pode ser censurado pela prática do facto punível, não obstante irromper da sua organização, na medida em que não foi por ele cunhado. O que culminará, necessariamente, pela prolação de um despacho de não pronúncia da sociedade dominada por parte do JIC.

No segundo caso, e como se defendeu em sede de audiência e julgamento nos pontos anteriores, os novos factos (a existência de comparticipação, por via de administradores comuns entre sociedades agrupadas) revelam-se, em nosso entender, atomísticos. Pelo que, os autos devem prosseguir os seus termos por forma a apurar a responsabilidade da sociedade arguida, tendo por base os indícios recolhidos, sendo afinal proferido despacho de pronúncia ou de não pronúncia (cf. artigo 308º, n.º 1 do CPP). Tanto mais que, cremos, à descoberta de uma outra sociedade do grupo na comissão do mesmo crime (descoberta de comparticipação na fase da instrução) será de aplicar as regras gerais sobre o conhecimento da notícia do crime, abrindo-se novo inquérito pelos factos descobertos que envolvem a sociedade do grupo comparte, tudo conforme e para os efeitos dos artigos 242º, n.º1, 243º e 262º, n.º2, todos do CPP¹⁵².

¹⁵¹ JOSÉ SOUTO de MOURA, “*O objeto do Processo*” em Apontamentos de Direito Processual Penal, II Volume, TERESA PIZARRO BELEZA, AAFDL, 1993, p. 41 e Notas sobre o objeto do processo: a pronúncia e a alteração substancial dos factos em Revista do Ministério Público, N.º 48, Ano 12, 1991, pp. 41 a 73.

¹⁵² Assim, CRUZ BUCHO, *Alteração Substancial Dos Factos Em Processo Penal*, 2009, disponível para consulta em www.trg.pt, secção documentação/estudos, p. 12, nota de rodapé 29 e ANTÓNIO QUIRINO SOARES, “*Convolações*”, em Coletânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano II, Tomo III, 1994, p. 21, afirmando este último Autor que a uma «(...) “alteração de factos” há de corresponder uma simples

Já se se considerar que a descoberta, durante os atos de instrução ou do debate instrutório, de participação (por força da descoberta de uma relação de grupo e de administradores/gerentes/sócios comuns às sociedades agrupadas, entre elas a então arguida), seja sob a forma de coautoria ou autoria mediata, é um facto não autonomizável em relação ao objeto do processo, por estes funcionarem como uma unidade¹⁵³, não podendo por um lado, ser alvo de um inquérito em separado do processo primitivo e por outro, ser valorados pelo juiz de instrução para efeitos de pronúncia (artigo 303º, n.º 3 e 4 do CPP)¹⁵⁴.

Tal solução legiferante revela nó górdio quer na doutrina, quer na jurisprudência, pois a opção de não se investigar os novos factos parece-nos traduzir um sacrifício intolerável do desiderato da descoberta da verdade material e de realização da justiça do caso concreto, na medida em que o ilícito foi cometido pela sociedade dominada trazida a juízo em comunhão de esforços e vontades com a sociedade dominante, que também deverá responder pela comissão do crime na qualidade de participante.

modificação dos termos da acusação e não uma acusação inteiramente nova; a alteração é um desenvolvimento do mesmo facto, não um facto novo em sentido estrito».

¹⁵³ Não pode haver denúncia ao Ministério Público para que por eles proceda, porque indissociáveis dos iniciais e insuscetíveis de preencherem uma norma penal, o que não nos parece ser o caso, e não sendo permitida a extinção da instância, não podem ser posteriormente conhecidos sob pena de se violar o princípio do caso julgado e o princípio do *ne bis in idem*.

¹⁵⁴ Cf., Ac. do TRP, Processo n.º 1834/08.3PIPRT.P1 de 19 de Outubro de 2011, Relator: MOREIRA RAMOS, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

CAPÍTULO III – DO LEVANTAMENTO DO VÉU CORPORATIVO

O levantamento do véu corporativo parece-nos ser o mecanismo dogmaticamente adequado para a resolução das questões de imputação de responsabilidade aos entes coletivos dominantes. Sendo a solução, *prima facie*, apropriada a limitar potenciais abusos passíveis de ocorrer num aglomerado societário¹⁵⁵. O cruzamento de esferas das sociedades intragrupo, tanto a nível económico, financeiro, administrativo, bem como de pessoal, consubstanciam características-padrão, expectáveis e lícitas quando estamos perante grupos societários, e que não podem *per se* fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades sob alçada da sociedade de topo.

Impõe-se destacar que o grupo torna mais provável a existência de situações tipicamente capazes de originar o levantamento da personalidade coletiva. Neste sentido sustenta ANA PERESTRELO de OLIVEIRA¹⁵⁶ que «o levantamento encontra, no grupo, espaço privilegiado de atuação, em virtude da intensa interpenetração das esferas jurídicas das sociedades agrupadas».

Os grupos de sociedades apresentam-se sob uma lógica de interesse comum e até, acima disso, quase de “personalidade comum”. Isto implica a mitigação da personalidade individual de cada sociedade pertencente ao grupo (pelo menos as que não assumem a posição de sociedade dirigente ou diretora).

Parece claro o carácter subsidiário desta figura e enquanto instituto excecional e residual¹⁵⁷, apenas deve ser admitido quando a personalidade coletiva

¹⁵⁵ ENGRÁCIA ANTUNES, Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária, 2.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2002, p. 599, refere que os grupos de sociedades constituem um dos “terrenos de eleição” do levantamento do véu corporativo. Conseguindo-se deste modo a «(...) imputação à sociedade-mãe da responsabilidade pelas consequências de atos ou omissões que, conquanto formalmente praticados pelas sociedades-filhas, sejam imputáveis ao controlo material daquela sociedade».

¹⁵⁶ ANA PERESTRELO de OLIVEIRA, Manual de Grupos de Sociedades, Almedina, 2016, p. 275.

¹⁵⁷ Neste sentido veja-se o Ac. do TRC de 18 de Janeiro de 2011, Processo n.º 255/10.2T2AVR-E.C1, Relator: FONTE RAMOS, que reforça o carácter residual desta figura e alerta que não pode servir como “cura para todos os males” existentes no seio de um grupo societário, «(...) importa atentar que mesmo nas situações de confusão de esferas jurídicas ou de subcapitalização material, não é o simples controlo, a interpenetração das sociedades ou a direção unitária que justificam o levantamento, dada a natureza excecional e subsidiária do instituto, sendo que este é trazido à colação quando a personalidade foi usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros; ou seja, enquanto instituto de carácter excecional, a desconsideração mantém o seu espaço

for usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros¹⁵⁸. Terá sempre que existir um abuso, isto é, um menor grau de respeito pela autonomia na condução da vida social da pessoa jurídica dominada por alguém que se encontra em condições de forçar (mesmo que apenas no momento da prática do facto punível) a contração da esfera coletiva ou de se aproveitar ilicitamente dessa condição.

MENEZES CORDEIRO ¹⁵⁹ define-a «(...) no fundamental (...) numa delimitação negativa da personalidade coletiva por exigência do sistema ou, se se quiser: ele exprime situações nas quais mercê dos vetores sistemáticos concretamente mais poderosos, as normas que firmam a personalidade coletiva são substituídas por outras normas».

Refere MARIA de FÁTIMA RIBEIRO¹⁶⁰ que se trata de «(...) uma operação pela qual a personalidade jurídica de uma pessoa coletiva é afastada, retirada (...)», visando-se com este mecanismo impedir e/ou evitar «(...) as consequências que decorrem da afirmação da autonomia jurídica da pessoa coletiva, enquanto titular de personalidade jurídica». Contudo, a aplicação deste instituto faz-se, atualmente, com algumas dificuldades, em virtude da regulamentação insuficiente do fenómeno¹⁶¹. Fazendo-se recair sobre a doutrina e jurisprudência o labor de, dentro dos limites legais e sob a orientação dos princípios societários atinentes a esta matéria, a criação de uma solução para os problemas com que a prática for confrontada.

A primeira ressalva a fazer, prende-se com a constatação de que o grupo não tem personalidade jurídica, não sendo sujeito de direitos e deveres, por isso, o

próprio de atuação – necessariamente residual – mas não pode nunca ser erigido em solução de âmbito geral para os problemas dos grupos de sociedades».

¹⁵⁸ Vide alguns exemplos de aplicação desta figura, ainda que na égide do Direito Civil: Ac. do TRC de 3 de Julho de 2013, Processo n.º 943/10.8TTTLRA.C1, Relator: FELIZARDO PAIVA; Ac. do TRL de 3 de Março de 2005, Processo n.º 1119/2005-6, Relator: GIL ROQUE; Ac. TRL de 4 de Maio de 2016, Processo n.º 990/11.8TTLSB.L1-4, Relator: JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO e Ac. do TRL de 28 de Janeiro de 2016, Processo n.º 1804-11.4TVLSB.L1-6, Relator: MARIA TERESA PARDAL, todos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt.

¹⁵⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Manual do Direito Das Sociedades, Volume I, Das Sociedades em Geral, Almedina, Coimbra, 2004, p. 381.

¹⁶⁰ Cf. MARIA de FÁTIMA RIBEIRO, A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 67 a 70.

¹⁶¹ Neste sentido, DIOGO PEREIRA DUARTE, Aspetos do levantamento da personalidade coletiva nas sociedades em relações de domínio, Almedina, 2007, p. 323, indica que o legislador «regulou apenas a coligação societária e não o grupo de facto que ela suscita».

levantamento do “manto protetor” corporativo não lhe pode ser dirigido, apenas às sociedades que o compõem.

Há na doutrina quem não corrobore este entendimento, veja-se, por exemplo, PAULO de SOUSA MENDES, que expressa que a tendência *jus* privatística de desconsideração da personalidade coletiva tem como fim último permitir a responsabilização das pessoas singulares que atuam como titulares de órgãos do ente jurídico¹⁶². Também, BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ¹⁶³ considera como principal responsável pela infração as pessoas físicas pelas quais age a pessoa coletiva, consistindo aquelas os verdadeiros «centros de imputação». Refutando, assim o Autor¹⁶⁴ as teorias organizativas com menção à autorreferencialidade das organizações, corroboradas, *v. g.*, entre outros, por CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ¹⁶⁵. Teoria que estabelece que determinadas organizações empresariais encerram em si uma complexidade interna acabando por adquirir “vida própria”, desvinculadas das pessoas físicas que as compõem. O ilícito criminal coletivo (*corporate crime*) enquanto ilícito estrutural, teria que ver em primeiro lugar com um defeito da organização, mas à pessoa jurídica só será imputado o ilícito criminal se a sua «cultura corporativa defeituosa (infiel ao Direito) constituir um elemento explicativo desse defeito na organização».

Mais recentemente, BERNANDO FEIJÓO SÁNCHEZ¹⁶⁶ defendeu que aceitar a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas não é sinónimo de admitir que

¹⁶² *Apud* TERESA QUINTELA de BRITO, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012, p. 605.

¹⁶³ “Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y en el Derecho penal peruano”, em PERCY GARCÍA CAVERO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, ARA Editores, 2002, pp. 253 e 254.

¹⁶⁴ BERNARDO FEIJÓO SANCHEZ, «Autorregulacion y Derecho Penal de la empresa: Una cuestion de responsabilidad individual?», em ARROYO JIMENEZ e ADÁN NIETO MARTIN, Autorregulacion y sanciones, Valladolid, 2008, pp. 216 e ss. Apesar de reconhecer que as organizações têm dinâmicas de grupo próprias, *cfr.* BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, «Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles», em MIGUEL ONTIVEROS, (Coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 165.

¹⁶⁵ CARLOS GOMEZ-JARA DIEZ, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 261 e ss.

¹⁶⁶ BERNARDO FEIJÓO SANCHEZ, “Autoria e participação em organizações empresariais complexas”, em MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA

sejam criminalmente responsáveis todas as pessoas jurídicas ligadas à comissão do facto ilícito como, de resto, não o são as pessoas físicas. Argumentando estar em falta uma dogmática que obste a soluções díspares, ou seja, uma teoria jurídica do ilícito para entidades supraindividuais, na qual não se deveria permitir declarar a responsabilidade de uma sociedade, «se a organização dos riscos e cumprimento da lei não eram inadequados», «nem se o defeito organizativo tem responsáveis individuais claramente identificados». Defendendo que o facto será apenas individual e, do ponto de vista de prevenção especial e geral, não será necessário responsabilizar a sociedade, pois que não haverá defeito da organização tendo em conta que a pessoa jurídica se distancia da infração individual. Só se deve impor uma pena à pessoa jurídica quando a responsabilidade individual seja insuficiente «como explicação jurídica do facto ilícito»¹⁶⁷.

Porquanto, torna-se imperativo compreender o destino a dar às sociedades meramente espantinho das sociedades dominantes, as quais não apresentam um mínimo de domínio da organização para a não comissão do facto punível e devido a essa carência de domínio organizativo para obstar à comissão do facto punível não lhes podem ser imputados os crimes que delas irrompam.

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ¹⁶⁸ questiona da necessidade de indagar dentro da organização empresarial (grupo de sociedades) por uma pessoa física responsável, quando se pode responsabilizar criminalmente uma sociedade com “presença social, estrutura complexa e identidade corporativa” próprias. Com efeito, as sociedades dominadas não são consideradas sujeitos penalmente imputáveis e, nas palavras do Autor, por uma «evidente incapacidade de culpabilidade empresarial». Todavia com um significado diferente do nosso, pois para o Autor as “*sociedades pantalla*” carecem de um determinado nível de complexidade organizativa interna e, em nosso entender, são dotadas de

MENDES, Direito Penal Económico e financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 123 a 162.

¹⁶⁷ Todas as expressões entre aspas são de BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, «*Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles*», em MIGUEL ONTIVEROS, (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: tirant lo blanch, 2013, pp. 175 e 176.

¹⁶⁸ «*El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*», em *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Madrid: Thomson, 2006, p. 154.

complexidade suficiente para se afirmarem enquanto atores corporativos, faltando-lhes, contudo, ter o domínio dessa mesma (sua) organização, por forma a caber-lhes a gestão e condução social da sociedade (pois só assim conseguem obstar à prática do ilícito penal que irrompe da sua organização e funcionamento). E ainda que não coincidam as características internas que a sociedade dominada deve apresentar para ser considerada inimputável, o *iter* argumentativo e desfecho a dar ao procedimento criminal é semelhante ao do Autor¹⁶⁹.

Face ao exposto, CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ¹⁷⁰ considera que as sociedades espantinho não estão livres da aplicação de sanções penais, todavia, considera que as medidas de segurança e intervenção serão os instrumentos mais ajustados, pois, em seu entender, as penas (cuja aplicabilidade depende de culpa) caberiam às pessoas jurídicas imputáveis, o que, nos parece, a criação de um sistema dualista no Direito Penal corporativo. Cabendo-lhes as sanções penais necessárias à prevenção da continuidade da atividade criminógena perpetrada através da sua organização por quem dela tem o domínio organizativo. Pelo que, GÓMEZ- JARA DÍEZ¹⁷¹ perora que é premente «estabelecer um limite normativo a partir do qual se pode considerar que uma organização empresarial é uma “pessoa” (jurídica) sujeita à imposição de uma pena». Neste particular, para ADÁN NIETO MARTÍN¹⁷² e CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ será decisivo o substrato organizativo da entidade jurídica para esta se poder afirmar como uma entidade imputável.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 155.

¹⁷⁰ CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, «*Imputabilidad de las personas jurídicas?*», em MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, AGUSTÍN JORGE BARREIRO e CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ (Ed.) Libro Homenaje a D. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, Madrid: Civitas Ediciones, 2005, pp. 425 a 446 e, ainda, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 74 e ss.

¹⁷¹ «*El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*», em Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas. Madrid: Thomson, 2006, p. 156.

¹⁷² GÓMEZ-JARA DÍEZ, op. cit., p. 157 e ADÁN NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid, 2008, pp. 324 e 325, apresentando como sendo coerente o limite de 50 trabalhadores, justificando-se, nestes casos, a aplicação de programas de *Compliance*. O último Autor apresentou como proposta de reforma do Código Penal Espanhol: para as pequenas empresas (com menos de 50 trabalhadores) não se estabelece qualquer tipo de responsabilidade; nas empresas criminais as sanções a aplicar devem consubstanciar sanções acessórias da responsabilidade individual; nas empresas médias (menos de 250 trabalhadores) de capital concentrado será possível a compensação de sanções entre pessoas individuais e jurídicas; por último, nas grandes empresas (mais de 250 trabalhadores) deverá aplicar-se o critério da dupla via de responsabilidade.

Volvendo à dupla via, esta consistirá na aplicação de sanções penais (fundamentadas pela culpabilidade da organização empresarial) e medidas de segurança (fundamentadas pela perigosidade da empresa). Sustentando que para as sanções penais apresentarem eficácia é necessário que se adequem à realidade societária, para «desempenharem uma função comunicativa de restabelecimento comunicativo da vigência do ordenamento jurídico» promovendo o ente coletivo, desta feita, a sua fidelidade ao Direito¹⁷³. I.e., GÓMEZ-JARA DÍEZ baseia-se no conceito de “perigosidade objetiva da coisa”¹⁷⁴¹⁷⁵ (pessoa jurídica) porquanto a forma de organização específica que caracteriza as pessoas jurídicas torna-as suscetíveis de serem instrumentalizadas para a realização de ilícitos, radicando, aqui, a perigosidade objetiva, que careceria de medidas de segurança (a par das penas) por forma a pôr-lhes cobro. Defendendo que as habituais medidas penais não seriam o instrumento mais adequado e eficaz para fazer face à delinquência corporativa, surgindo a tese de uma dupla via de penas e medidas de segurança no Direito Penal Empresarial.

Encontrando, aqui, justificação a doutrina do levantamento do véu corporativo. Consistindo tal instrumento num “rasgar” do véu jurídico da sociedade dominada por forma a alcançar quem a hetero-administra (seja uma pessoa física, ou, *in casu*, de uma pessoa jurídica).

Contrariamente, ADÁN NIETO MARTÍN, considera que, se à pessoa jurídica não pode ser dirigido um juízo de censurabilidade pelo ilícito-típico, justificar-se-á, então, a sua dissolução¹⁷⁶. Sendo seu entendimento que a “inimputabilidade

¹⁷³ CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, «*El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*», em Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas. Madrid: Thomson, 2006, p. 159.

¹⁷⁴ ADÁN NIETO MARTÍN, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Iustel. Madrid. 2008, p. 344, que defende ser de aplicar às sociedades “perigosas” sentenças inocuidadoras, visto continuarem a prosseguir a sua atividade violando bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

¹⁷⁵ Outrossim, BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, “*Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y en el Derecho penal peruano*”, em PERCY GARCÍA CAVERO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, ARA Editores, 2002, pp. 255 e 256.

¹⁷⁶ Neste sentido, a recente decisão do Supremo Tribunal, Sala de lo Penal, Sentencia n.º 154/2016 de 29 de Fevereiro de 2016, Relator: JOSE MANUEL MAZA MARTIN, no qual se considerou a “*sociedade pantalla*” ou meramente instrumental (enquanto sociedade «constituída com o único propósito de servir de instrumento para a comissão de ilícitos») como inimputável, aplicando o regime de responsabilidade penal das pessoas jurídicas a

corporativa” não pode constituir uma «ausência de resposta jurídica», traduzindo-se a imposição de sanções aos sujeitos individuais «a principal consequência reguladora da inimputabilidade»¹⁷⁷.

Não obstante ser totalmente dominada a pessoa jurídica deve poder defender-se e ser autonomamente representada em juízo. Para tanto, faremos um breve excuro para abordar a questão da representação da sociedade dominada que, apesar do domínio da sociedade-mãe, não pode ver prejudicada a sua defesa no processo. Por força do disposto no artigo 25º, n.º 1 do CPC *ex vi* do artigo 4º do CPP, a representação em juízo das pessoas coletivas e sociedades cabe a quem a lei, os estatutos ou o pacto social designar. E sendo a sociedade arguida dominada por outra, não tendo o domínio da organização para a não comissão do crime e havendo forte ingerência na gestão da sua vida social ou interconexão de administradores entre as sociedades dominante e dominada, poderá ocorrer um conflito de interesses entre o seu representante legal (por ventura comum à sociedade dominante) e os líderes da sociedade dominante, os quais podem exercer pressão por forma a dificultar a defesa da sociedade arguida, que terá todo o interesse em fazer prova da sua condição de dominada, sem autonomia para se autoconduzir. Pelo que, perante tal cenário, parece-nos que o juiz deve, por força do artigo 25º, n.º 2 do CPC, *ex vi* artigo 4º do CPP, notificar a sociedade arguida para designar um representante especial, que não tenha qualquer conexão com a sociedade-mãe do grupo.

Volvendo à questão principal do presente capítulo, segundo DIOGO PEREIRA DUARTE¹⁷⁸, nos casos em que não ocorram atos lesivos plenamente identificados, a responsabilidade da sociedade dominante assentaria no concreto e efetivo controlo sobre a sociedade dependente, dispensando a demonstração da violação de qualquer dever de lealdade ou de má administração de facto, pois o que estaria em causa era apenas, e tão só, uma responsabilidade

que alude a Circular n.º 1/2016 da Fiscalía General del Estado, tendo como consequência a sua dissolução.

¹⁷⁷ *Apud* TERESA QUINTELA de BRITO, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 664 e 665.

¹⁷⁸ DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspetos do levantamento da personalidade coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Almedina, 2007, pp. 348 e 349.

pela arquitetura do grupo. Arquitetura, essa sim, que teria de ser demonstrada. E é esta “disfuncionalização” de uma ou algumas das sociedades do grupo, desconsiderando o seu interesse social, em benefício, quer da sociedade dominante, quer do grupo, que deve justificar um desvio à aplicação do regime da personalidade coletiva.

Contudo, como vimos, a absolvição da pessoa jurídica dominada, nos termos do artigo 359º, n.º 2 do CPP, não opera automaticamente. Devendo, para tal, levantar-se o seu “manto” corporativo e responsabilizar-se, exclusivamente, a pessoa jurídica que se escuda atrás da sua personalidade coletiva. Deste modo, o levantamento do véu corporativo mostra-se adequado quando se prove que a sociedade não se conduz/determina autonomamente, pelo contrário, é conduzida heteronomamente¹⁷⁹. Permitindo este mecanismo alcançar a sociedade de topo que heteroadministra a pessoa jurídica dominada e a quem já é censurável a prática do ilícito-típico.

Como se frisou no presente Capítulo, Ponto 1, a sociedade espantalho goza de uma organização suficientemente estável e complexa, mas encontra-se destituída de autonomia decisória sobre a condução da sua própria vida social/comercial, sendo heteroadministrada pela sociedade que a controla na totalidade. Evidentemente, que, não sendo «capazes de cumprir o dever jurídico-penal», não «podem ser censuradas pela sua violação»¹⁸⁰. A desconsideração coenvolve, assim, um juízo de censura. Só a censurabilidade (ou falta dela no que concerne à pessoa jurídica dominada) permite justificar e, paralelamente impor, a desconsideração da personalidade coletiva, num marcado afrontamento às regras e cânones que vigoram no Direito das Sociedades Comerciais, nomeadamente o princípio da personalidade jurídica. A conduta da sociedade instrumentalizadora terá, contudo, de preencher os critérios de imputação de responsabilidade penal consagrados no artigo 11º, n.º 2 do CP. Justificando-se, assim, a sua qualificação

¹⁷⁹ Vide, em sentido próximo, CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El modelo constructivista (...) op. cit., p. 156, admitindo que este mecanismo não se deve limitar a sociedades com parca complexidade, como acontece nos grupos de sociedades, onde, não obstante, a sociedade-espantalho ter complexidade organizativa não se conduz autonomamente.

¹⁸⁰ Palavras de TERESA QUINTELA de BRITO em «Responsabilidade criminal de entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal», Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 235.

como entes penalmente inimputáveis (artigo 20º, n.º 2 do Código Penal por analogia *in bonam partem*), dado não terem capacidade para se afirmarem enquanto atores societários no panorama corporativo em virtude do domínio exercido por parte da sociedade-mãe, traduzindo as suas condutas uma falta de autonomia.

Conforme resulta do artigo 11º, n.º 6 do Código Penal a responsabilidade da pessoa jurídica só será excluída se esta tiver tomado as medidas de organização, gestão e vigilância imprescindíveis para obstar à prática do facto ilícito punível. E sendo a filosofia criminógena de organização ou funcionamento de todo o grupo implementada pela sociedade de topo (ou por esta facilitada, pela inércia no exercício do seu poder-dever de supervisão de todo o grupo) depreende-se que o crime tenha sido cunhado por esta.

Servindo-nos das palavras de TERESA QUINTELA de BRITO¹⁸¹ «tendo a pessoa jurídica [acrescentamos nós, dominante] configurado decisivamente a execução típica e podendo-devendo evitar o início e prossecução da (...) realização típica» deve, a comissão do ilícito, entender-se realizada por ela. Tudo por força do seu «controlo sobre o âmbito social» da sociedade dominada.

Como já tivemos oportunidade de referir em sede de apreciação da inimputabilidade (artigo 20º, n.º 2 do CP *in bonam partem*) da sociedade dominada, no ponto 1 do presente capítulo, esta encontra-se “manietada” na sua autonomia organizativa e capacidade de estabelecimento/condução da sua atividade (objeto social). Ora, em sede de culpa, discute-se a possibilidade de censurabilidade da pessoa jurídica pelo facto punível coletivo que cometeu, no qual já está projetado o seu peculiar modo de organização, funcionamento e atuação jurídico-económica. Se, analisado o seu modo de funcionamento e a sua integração organizativa, se constatar que o facto punível que irrompe da sociedade dominada, nada tem que ver com a sua atuação jurídico-económica, esta não pode ser censurada pela comissão do mesmo. Quando a *corporate governance* for implementada pela pessoa jurídica de topo do grupo a sociedade dominada deixa de ter o domínio da organização para a não comissão do crime.

¹⁸¹ *Idem*, pp. 246 e 247.

Apoiando-nos na opinião de RITA TERRÍVEL¹⁸², tal ocorrerá sempre que a sociedade dominante imponha o cunho da sua vontade no contexto dos órgãos deliberativos e administrativos da sociedade-filha, «determinando assim o sentido de governo corporativo e gestão empresarial desta». Justificando-se, pelos motivos apontados, o recurso à figura do levantamento do véu corporativo quando estejamos perante “*corporate vehicles*”. Assumindo-se, desta forma, como «centro de imputação» a pessoa coletiva dominante, que se mostra como responsável pelo destino social da sociedade-filha.

Contudo, e como se compreenderá, a admissibilidade desta figura terá de ter necessariamente carácter subsidiário e ser analisada *caso a caso*, devendo-nos apenas servir dela «(...) quando inexistir outro fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou da sociedade que se pretende atacar (...)»¹⁸³. O princípio geral nesta matéria é o da atribuição e manutenção da personalidade jurídica, mas nos casos em que essa personalidade for meramente aparente ou ilusória e apenas sirva para defraudar normas que protegem bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Deve-se proceder a uma apreciação do caso concreto e indagar do possível levantamento do véu corporativo sempre que se justifique chamar à lide o verdadeiro responsável pela comissão do facto ilícito. Visto que a própria sociedade dominada (e, diremos, em última análise e em abono da verdade, a sociedade dominante) se desvia da rota traçada pelo ordenamento jurídico, optando por um comportamento abusivo e ilícito que não pode ser tolerado pelo ordenamento jurídico. A sociedade dominada é, assim, utilizada para mascarar uma situação: ela serve de véu para encobrir uma realidade (a utilização desta pela sociedade de topo do grupo para a prática de crimes)¹⁸⁴.

Podemos evidenciar como razões para o recurso ao mecanismo da desconsideração das pessoas jurídicas espantallo a exigência de separação de sociedades agrupadas e das suas responsabilidades, visando, com isto, assegurar a liberdade de iniciativa económica e de organização por parte da sociedade

¹⁸² «*O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*», em Revista de Direito das Sociedades, Ano IV, N.º 4, Diretor: António Menezes Cordeiro, Almedina, 2012, p. 948.

¹⁸³ Vide Ac. do STJ, processo n.º 08A3991 de 3 de Fevereiro de 2009, Relator: PAULO SÁ, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

¹⁸⁴ Vide, neste sentido, PEDRO CORDEIRO, *A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais*, Universidade Lusíada Editora, 2008, p. 73, nota 75.

dominada e o respeito pela separação de patrimónios entre sociedades coligadas. Propõe-se com esta figura repor a justiça no seio do grupo, dado a sociedade dominante agir de forma abusiva¹⁸⁵ como se não existisse separação de patrimónios entre a sociedade-mãe e a(s) sociedade(s) que domina, extravasando o normal domínio e confusão de esferas dentro de uma relação intersocietária. Quando a separação entre patrimónios seja meramente formal ou simplesmente não exista, verificando-se uma confusão de esferas jurídicas, não sendo discernível (por culpa da sociedade-mãe) a separação entre o património desta e o da sua filha, poderá ser de concluir que a primeira atua por detrás do véu corporativo da segunda, instrumentalizando-a para a prática de crimes, apresentando-se, neste caso, como plausível e necessário o levantamento da personalidade da sociedade instrumentalizada por forma a responsabilizar a sociedade de topo.

A aplicação deste instituto é impulsionada também pelo princípio da boa-fé, pois como se evidenciou, a pessoa jurídica dominada é utilizada de forma ilícita e abusiva, tendo subjacente propósitos criminosos, e com prejuízo para terceiros que com a sociedade se relacionem. Porém, parece-nos importante realçar que a confusão de esferas, património e a integração económica não devem obnubilar-nos, pois como já se deixou patente, nos grupos societários essas características são expectáveis, sendo, sempre, necessário um abuso dessas premissas por parte da sociedade-mãe para lhe ser imputada responsabilidade criminal.

Como alerta MARIA de FÁTIMA RIBEIRO¹⁸⁶ a aplicação deste expediente jurídico deve ser excecional por constituir «(...) uma ameaça a um instituto sedimentado na prática e essencial para o desenvolvimento económico (...)», o que em nosso entender, em última análise, justifica a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade dominada, uma vez que, a falta de autonomia desta se reflete na carência/limitação de iniciativa económica o que se traduz, igualmente, numa ameaça ao desenvolvimento económico.

¹⁸⁵ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, 2000, pp. 122 e ss, alertando que em caso de utilização abusiva e ilícita da personalidade coletiva «(...) para prejudicar terceiros, existindo uma utilização contrária a normas ou princípios gerais, incluindo a ética dos negócios, é possível proceder ao levantamento da personalidade coletiva (...)».

¹⁸⁶ MARIA de FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 76.

Em jeito de conclusão, não sendo possível censurar o ente jurídico dominado pelo facto ilícito que dele irrompe, também não será congruente aplicar-lhe a pena de dissolução (por força do artigo 90º-F do Código Penal), mas sim à sociedade dominante que se serve daquele para a prática de crimes. Estando as sociedades dominadas apenas sujeitas à extinção jurídico-civil, à dissolução comercial e, bem assim, à dissolução administrativa, nos termos do artigo 182º, n.º 2, alíneas b), c) e d), artigo 192º, n.º 2, alínea b) e n.º 3; artigo 141º, n.º 1, alínea d), artigo 142, n.º 1, alínea d) e artigo 172º do CSC; artigo 160º, n.º 2 CSC (*v.g.* DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março), respetivamente.

A consequência prática do levantamento do véu corporativo da sociedade dominada consiste na conceção dos dirigentes de direito da sociedade dominada, que nos termos do artigo 11º, n.º 2 do Código Penal prestaram contributos para o facto coletivo, como dirigentes de facto da sociedade dominante, em cujo nome e interesse realizaram o crime. Pois esses dirigentes foram colocados na direção da sociedade dominada ou em posição ao nível diretivo (liderança) pela sociedade dominante, cuja finalidade se prende com o aproveitamento da personificação jurídica daquela para a prática de ilícitos.

Não obstante o facto punível irromper da organização do ente jurídico dominado, na verdade, foi impresso da filosofia organizativa da sociedade dominante, imposta pelos dirigentes, afinal, de facto da sociedade-mãe¹⁸⁷. Sendo esta criminalmente responsável porque detém o senhorio da organização para a comissão do crime, conformando a sua organização (o grupo) e a da sociedade dominada, por via do domínio e ingerência na sua gestão, para uma cultura e funcionamento criminógenos. Sociedade dominada que, por não ter disponíveis (mercê do domínio perpetrado pela sociedade-mãe) no seu campo funcional-organizativo os remédios¹⁸⁸ e as medidas de vigilância necessárias para obstar à

¹⁸⁷ De forma semelhante ainda que a respeito da responsabilidade civil e envolvendo um grupo de sociedades multinível veja-se o Ac. do TRL de 4 de Outubro de 2011, Processo n.º 646/11.1TVLSB-B.L1-1, Relator: MANUEL MARQUES, enfatizando que «tendo-se apurado que a sociedade-mãe tinha um efetivo e completo domínio de facto sobre a sociedade-filha, e, através desta, sobre a sociedade-neta, haverá que imputar na sociedade-mãe o ato jurídico-formalmente praticado por esta última em prejuízo da credora, desconsiderando-se a personalidade coletiva da mesma».

¹⁸⁸ Medidas preventivas que se medem face a outras pessoas jurídicas de idêntica complexidade, estrutura e com o mesmo objeto social detêm, numa lógica de comparação com o “homem médio” na execução singular. Aparecendo aqui a “sociedade média”, como

prática do ilícito criminal, não pode ser por ele ser censurada, devendo-se qualificar como “senhora da comissão do crime” a sociedade de topo que o cunhou *na e através* da organização e funcionamento da sociedade-filha.

Excluindo-se como centros de imputação penal as sociedades dominadas, meras “espantalhos” da sociedade dominante, que não detêm o domínio da organização para a não comissão do crime, devendo-se proceder ao levantamento da sua personalidade coletiva com vista a responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica que surge como responsável pela determinação e condução da sua atividade social.

Este mecanismo permitirá conceber os dirigentes de direito da sociedade dominada como dirigentes de facto da sociedade dominante, em cujo nome e interesse realizaram, afinal, a infração. Esta qualificação opera por força do artigo 11º, n.º 2 do Código Penal, que exige que o facto punível precisa de ser cometido pelos próprios líderes da sociedade na qual se procura imputá-lo. Na medida em que apenas os líderes podem vincular a coletividade. Assim, estes enquanto agentes do facto de conexão têm «(...) sempre de atuar como parte da coletividade ou de manifestar no facto uma vontade imputável à pessoa jurídica»¹⁸⁹.

Respeitando-se, desta feita, os critérios jurídico-penais de imputação de responsabilidade penal a entes coletivos. Bastando seguir estes dois passos para se responsabilizar a sociedade-mãe por um crime praticado materialmente pela sociedade-filha¹⁹⁰.

medida para a atuação jurídica das demais sociedades. *Vide*, nesta linha, TERESA QUINTELA de BRITO, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 997 afirmando, embora reconhecendo que tal critério não basta, que «(...) o seu [da pessoa jurídica] ilícito e a sua culpa consistem (...) na desconformidade ao papel de “bom cidadão corporativo” próprio daquele ente coletivo».

¹⁸⁹ TERESA QUINTELA de BRITO, «*Fundamento da responsabilidade criminal de entes coletivos: articulação com a responsabilidade individual*», em Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 207.

¹⁹⁰ TERESA QUINTELA de BRITO, Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 702 a 703.

CONCLUSÃO

Enquanto sujeito complexo que domina o cenário económico-empresarial contemporâneo, conclui-se que a atuação dos grupos levanta variados problemas dogmáticos no que concerne à imputação de responsabilidade criminal. Quando a criminalidade se encontra centralizada em sociedades ou pessoas coletivas em geral, suscitam-se novas problemáticas de responsabilização corporativa, bem como, de imputação subjetiva da responsabilidade penal, atenta muitas vezes a complexidade da sua organização e estrutura, acrescentando a particularidade dos entes coletivos serem uma ficção jurídica.

A relação de grupo compreende um fenómeno mais ou menos recente de organização da empresa moderna enquanto resultado de uma direção económica unitária que preside o funcionamento do grupo, isto é, um ente que tem o domínio das sociedades pertencentes ao grupo e que, em última análise, tem o poder de decisão sobre a gestão e interesses coletivos, podendo esta organização corporativa apresentar prejuízos às próprias sociedades pertencentes ao grupo e a terceiros (por exemplo, no âmbito das relações laborais, afetando as relações com os trabalhadores e contendendo com os seus direitos, sócios ou de credores da sociedade dominada).

Os grupos são hoje alvo de regulação contabilística, fiscal, concorrencial, na insolvência, entre outras, mas urge concluir que do ponto de vista de responsabilidade penal a ausência de uma regulação completa pode levar, em última análise, a situações de impunidade de organizações complexas que violam bens jurídicos protegidos no nosso ordenamento jurídico.

Situação que exige uma resposta jurídica capaz de proteger os interesses em jogo. A lei societária tornou-se, por isso, insuficiente, incapaz de responder ao carácter dinâmico dos grupos e aos desafios impostos pelas figuras híbridas que surgiram da prática empresarial, *maxime* os grupos de facto qualificados. Tornou-se cabal a exigência de uma disciplina legal para grupos societários, que assegure a necessária transparência do seu funcionamento, a proteção de bens jurídicos por eles afetados, das sociedades dominadas e dos próprios sócios. Principalmente no que respeita aos grupos de facto, que como se explicou carecem de respaldo do direito.

Os entes coletivos suscetíveis de punição penal têm de possuir personalidade jurídica e de se consubstanciarem como “instituição-pessoa”, ou seja, num ente social concreto, distinto das pessoas físicas que o suportam e através das quais age, dotado de uma organização com complexidade própria e autorreferencialidade suficiente para lhe conferir identidade social própria.

No que respeita à responsabilidade de “entes espantalhos” ou “*corporate vehicles*”, como se mostrou, deparamo-nos com pessoas jurídicas que não obstante terem complexidade organizativa bastante para se auto-organizarem, autodeterminarem e autoconduzirem não o fazem ou, por ventura, no momento da prática do facto punível têm essa capacidade de auto-organização e condução temerária (por razão que não lhes é imputável) e, portanto, sem poderem ser censuradas por isso. Justificando-se a sua qualificação como entes penalmente inimputáveis (artigo 20º, n.º 2 do Código Penal por analogia *bonam parte*), dado não terem capacidade para se afirmarem enquanto atores societários no panorama corporativo por força do domínio exercido por parte da sociedade-mãe, traduzindo as suas condutas uma falta de autonomia decisória. Pois, como vimos, o poder exercido pela sociedade dominante traduz-se num poder de facto, exercendo através dos seus administradores uma influência determinante (fora da assembleia geral e dos procedimentos deliberativos).

Não obstante estes perigos, podem ocorrer vantagens na pertença a um grupo societário, como sejam, a facilidade de aceder a crédito, partilha de tecnologia e infraestruturas. Contudo, o recorrente é a instrumentalização da sociedade dominada em proveito da sociedade dominante, fazendo com que os administradores de direito da sociedade dominada fiquem com a sua esfera de competências reduzida pela influência de administradores ou gerentes da sociedade de topo.

É que não devemos olvidar que o fenómeno da relação intersocietária apresenta diversas realidades que oscilam, por um lado, de uma ingerência praticamente absoluta da sociedade-mãe, falando-se, neste caso, do grupo como uma única organização empresarial e não de um conjunto de organizações empresariais independentes, e, por outro lado, de uma equidade na autonomia organizativa entre todas as sociedades do grupo.

Surgindo com maior acuidade a discussão do impacto que a participação de sociedades noutras sociedades pode ter, em matéria de imputação criminal, no primeiro caso, no qual as sociedades-filhas são totalmente dominadas pela sociedade de topo do grupo. Assomando-se, da análise do Direito Europeu da Concorrência e das normas de Direito Comercial, que se tornou prática corrente a punição da sociedade-mãe por factos cometidos pelas suas filiais sempre que aquela pautou a sua influência pela ingerência na gestão da sociedade que domina, isto é, imiscui-se no seu governo societário.

Todavia, há que proceder com cautela, a responsabilidade civil e penal obedecem a princípios diferentes, não se devendo importar todos os critérios aplicáveis em sede cível para o ilícito criminal, pois este não se coaduna com violações de deveres (como seja a lealdade), mas sim pela violação de bens jurídicos, que merecem tutela penal (artigo 11º do CP), como sejam o tráfego documental e interesses constitucionais conexos com os direitos sociais e a organização económica.

Sempre diremos que, na maior parte dos casos, as sociedades integrantes do grupo têm pouca autonomia na tomada de decisões, sendo a sociedade-mãe quem impõe os seus ditames (v.g. da produção, comercialização, setor financeiro e fiscal, nas relações laborais, entre outras). Nestas situações o critério imperativo de gestão resume-se ao interesse do grupo, que acaba por personificar o interesse da sociedade de topo e subvalorizar os interesses específicos das restantes sociedades que compõem o aglomerado societário. Pelo que, quando estamos perante factos puníveis que irrompem da sociedade dominante, como se viu ao longo deste *iter*, não se lhes pode ser dirigida censura penal pela prática (material) dos mesmos, dado o enfraquecimento da liberdade de organização e condução empresarial fruto da estratégia de delimitação da circunscrição das funções de administração ou gerência da sociedade dominada.

Não sendo justo imputar-lhes os factos típicos puníveis, pois como se procurou demonstrar, no âmbito da organização e gestão da vida da sociedade dominada a tomada de decisões cabe à sociedade-mãe. Materializando-se essa ingerência por parte da sociedade dominante na sobreposição de órgãos sociais, tesouraria única e tomada de decisões centralizada.

Pode falar-se, aqui, de um interesse de todo o grupo pois, *grosso modo*, o interesse da sociedade dominante é que pauta o comportamento de todas as sociedades agrupadas (afinal dominadas). E não tendo a sociedade dominada autonomia para se auto-organizar e autoconduzir, não lhe pode ser exigida responsabilidade criminal pela condução e organização da sua “vida social”.

Como se urge concluir, quando as sociedades se encontram inseridas numa relação de grupo, o que se torna realmente pertinente é apurar quem tem o poder de gestão e controlo no seio da pessoa jurídica em que ocorreu o delito. Se em concreto se apurar que é a sociedade dominante quem imprime na organização da sociedade dominada a sua filosofia (criminógena) de atuação empresarial deve ser esta a responsável criminalmente pelo facto ilícito punível. E não sendo possível censurar o ente jurídico dominado pelo facto ilícito que dele irrompe, também não será congruente aplicar-lhe a pena de dissolução, por força do artigo 90º-F do Código Penal, mas sim à sociedade dominante que se serve daquele para a prática de crimes.

Num contexto de atuação coletiva a determinação de quem terá atuado passa pela análise da participação de quem tinha a função de garantia da proteção do bem jurídico ou de evitar o resultado ilícito, devendo, antes de mais, contemplar fatores como a autonomia da sociedade dominada e a esfera funcional de cada sociedade, e que possam afetar o bem jurídico protegido, quando se encontrem inseridos em organizações complexas. Assim, não tendo a sociedade dominada o domínio da organização para a não comissão do crime não pode ser censurada pelo mesmo, devendo os factos descobertos que sustentam a relação de grupo, o domínio da sociedade-mãe ou a comparticipação entre sociedades agrupadas, serem adicionados ao objeto do processo por via dos mecanismos legais da alteração substancial ou não substancial de factos constantes na acusação ou no despacho de pronúncia (artigos 308º, 309º, 358º e 359º, todos do CPP).

Ora no primeiro caso, concluímos que os novos elementos factuais indiciam a participação da sociedade dominante na prática do crime então imputado à sociedade dominada, arguida no processo em curso, potenciando a sua absolvição, precisamente porque não tem o domínio da organização para a não comissão do crime e conseqüentemente não se encontra na sua disponibilidade a possibilidade de se impor e obstar à sua prática.

Estar-se-á perante um caso de “mutação” dos agentes do crime, ou seja, por via da descoberta da posição de domínio que a sociedade-mãe exerce sobre a condução da vida societária da sua subordinada exige-se a imputação do facto punível a um novo agente. O que implica, em nosso entender, que os novos factos, que respeitam à sociedade dominante, sejam considerados plenamente autónomos e conseqüentemente, suscita-se a aplicação das regras gerais sobre o conhecimento da notícia do crime. Desta feita, abre-se um novo inquérito (cabendo ao Ministério Público o dever de investigar sempre que resultam indícios suficientes da ocorrência de um crime e do seu autor) relativamente aos factos descobertos, por força dos artigos 242º, n.º1, 243º e 262º, n.º2, todos do CPP, uma vez que a investigação carreada para os autos diz respeito apenas à sociedade dominada, devendo o processo primitivo prosseguir os seus termos. Não vislumbramos, contudo, neste caso, uma decisão de mérito que não se traduza na absolvição da sociedade dominada.

Por outro lado, haverá comparticipação na execução do facto típico nos casos de administradores comuns a diversas sociedades do grupo ou de administradores diversos de diferentes sociedades coligadas. Como se explicou no Ponto 3 do II Capítulo, ocorrendo promiscuidade de administradores entre sociedades agrupadas a comparticipação revestirá as formas de coautoria (co-comissão) ou autoria mediata (sociedade dominante executa o facto típico-ilícito utilizando outra pessoa-jurídica – sociedade dominada - como instrumento) por força da relação que o dirigente comum ou duplo estabelece com as sociedades que integra, despoletando a responsabilidade criminal de uma e de outra como comparticipantes na comissão do facto punível.

Nesta matéria, surge com maior acuidade a necessidade de adaptação das teorias tradicionais da autoria e participação, criadas inicialmente para a criminalidade de origem singular, à realidade societária, na qual os crimes são cometidos *na* e *através* de estruturas organizadas e complexas. Incumbindo, neste particular, à doutrina e jurisprudência adequar a dogmática da coautoria e da autoria mediata às novas formas de criminalidade corporativa.

Nestes casos, estaremos perante uma alteração de factos quando o despacho de acusação ou a decisão instrutória apenas acuse/pronuncie uma das sociedades, sendo que posteriormente se prova a intervenção de outra sociedade no cometimento do facto punível ilícito. Nos casos de descoberta de co-comissão do mesmo facto punível entre sociedades coligadas, e salvo melhor opinião, cremos que os novos factos (existência de co-comissão) se apresentam como autonomizáveis em relação ao objeto do processo respeitante à sociedade arguida, pelo que, os autos devem prosseguir os seus termos por forma a apurar a responsabilidade desta sociedade, tendo por base a sua participação (ilicitude, o grau de culpa, gravidade dos factos, necessidades de prevenção geral e especial, entre outros) na comissão do crime. Tanto mais que, parece-nos, a descoberta de uma outra sociedade do grupo na comissão do mesmo crime, ou seja, descoberta de comparticipação, relativamente à sociedade arguida no processo primitivo se revela um facto autonomizável, tudo conforme o disposto no artigo 359º, nº 1 e 2 do CPP.

Quanto à sociedade do grupo comparte, o facto descoberto é totalmente novo, pois a participação desta sociedade não figurava no libelo e, apesar de comungar alguns traços com o objeto do processo primitivo (estar-se-á perante a co-comissão do mesmo facto punível, as sociedades serão partes do mesmo crime, ainda que sejam responsabilizadas em processos penais diferentes) poderá constituir um objeto processual autónomo (com as vicissitudes sabidas no que concerne aos crimes semipúblicos e particulares) no qual se apurará a responsabilidade da(s) sociedade(s) participante(s).

Como se deixou patente a variação de factualidade que implique uma relação da sociedade dominada trazida a juízo com a sociedade de topo de todo o grupo de facto, pode suscitar uma alteração substancial dos factos constantes na acusação ou na pronúncia, e conseqüentemente, imbricar a sociedade, afinal, dominante em responsabilidade penal. Todavia, a absolvição da pessoa jurídica dominada, nos termos do artigo 359º, n.º 2 do CPP, não opera automaticamente.

Deve-se, para tal, levantar o seu véu corporativo. Mas como se alertou este mecanismo não pode ser aplicado de forma leviana, devendo a sua aplicação pautar-se com reserva e apenas, como meio de cercear formas abusivas de atuação da sociedade-mãe, que ponham em risco a harmonia e a credibilidade do sistema. Contudo como se pretendeu mostrar, a falta de regulação deste instituto faz recair na doutrina e na jurisprudência o labor de, dentro do quadro legalmente definido e sob a orientação dos princípios processuais penais e societários atinentes a esta matéria, criar modelos de resolução dos problemas concretos com que a prática é confrontada.

Sopesando estas considerações torna-se forçoso concluir que a aplicação deste instituto traz latente a necessidade de se proceder com reserva, devendo o recurso a este mecanismo ter carácter excepcional, residual e ser utilizado apenas quando a personalidade coletiva for usada de modo ilícito ou abusivo.

Concluindo, salvo melhor opinião e pelas razões apontadas, a sociedade dominada não pode responder pelo ilícito criminal que dela irrompe pela comezinha circunstância de não se auto-organizar, autoconduzir e autodeterminar, não lhe cabendo suficiente autonomia organizativa. Portanto, o tratamento jurídico-penal dos grupos societários depende da inter-relação das sociedades-filhas com a sociedade-mãe. Assim sendo, nenhuma censura penal lhe pode ser feita, pelo que se impõe a sua absolvição da prática do crime que lhe era imputado.

Nesta conformidade, a desconsideração da personalidade coletiva da sociedade dominada conduz à qualificação dos seus líderes *de jure* como administradores/gerentes de facto da sociedade dominante, por quem, afinal, realizaram o facto ilícito. Tendo sido praticado no seu interesse e imposto pela sua filosofia de atuação e funcionamento em virtude da sociedade totalmente dominada se encontrar inserida verticalmente na sua organização. O que nos leva a concluir pela necessidade de identificar os líderes que levaram a cabo o facto punível sob pena de não se poder imputar o mesmo à pessoa jurídica.

Neste sentido, para se imputar o facto punível que irrompe da sociedade dominada à sociedade de topo do grupo que a dominada é necessário estabelecer um facto de conexão, conexão essa que opera mediante o levantamento do véu corporativo da sociedade dominada e da qualificação dos seus líderes como de facto da sociedade dominante (apresentada aqui como verdadeiro centro de

imputação jurídico-criminal), por quem realizaram o ilícito *na e através* da organização do *corporate vehicle*.

Organização que esta domina para a respetiva comissão do crime como fundamento da responsabilidade aos entes coletivos em geral, mas neste caso, enquanto justificação para se censurar a sociedade dominante ao invés da sociedade dominada, que comete materialmente o crime. Responsabilidade que opera por via dos seus centros de liderança (i.e. os seus líderes), pois apenas estes podem vincular a coletividade. Na medida em que o domínio da organização exercido pela pessoa jurídica dominante é personificado pelos seus líderes, por intermédio de quem esta, necessariamente, atua. Respeitando-se, desta forma, os critérios jurídico-penais de imputação de responsabilidade penal aos entes coletivos, dispostos no artigo 11º, n.º 2 alíneas a) e b) do Código Penal, bastando seguir estes dois passos para se responsabilizar a sociedade-mãe por um crime praticado materialmente pela sociedade-filha.

É indiscutível a necessidade e o interesse da análise jurídica destas matérias, as quais têm conquistado nos últimos anos particular relevância e destaque, multiplicando-se as questões jurídicas e a necessidade de criação de soluções, como se procurou empreender no presente estudo, para os problemas com que a prática é confrontada.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, A responsabilidade civil nas sociedades, N.º5 da Coleção, Almedina, 2010
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.ª Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011
- ANDRADE, Ana Rita Gomes de, A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante, 1.ª Edição, Almedina, 2009
- ANTUNES, José Engrácia, Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2002
- BELEZA, Pizarro Teresa,
- As Variações do objeto do processo no Código de Processo Penal de Macau, em Revista Jurídica de Macau, Vol. IV, N.º1, Janeiro-Abril, 1997
 - *“Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de coarguido no Processo Penal Português”*, em Revista do Ministério Público, N.º 74, Ano 19, Abril-Junho, 1998
- BRAVO, Jorge dos Reis, Direito Penal de Entes Coletivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas jurídicas e entidades equiparadas, Coimbra: Coimbra Editora, 2008
- BRAVO, Teresa, A responsabilidade das sociedades-mãe e das filiais em Direito Europeu da concorrência: análise crítica da jurisprudência AKZO NOBEL, RPCC 23, 2013
- BRITO, Teresa Quintela de
- *“Autoria e participação em organizações empresariais complexas”*, em Tomo I - Criminalidade económico-financeira: Temas de teoria geral do direito penal na criminalidade económico-financeira, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ), 2013
 - Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e “atuação em lugar de outrem”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2012

- «*Domínio do facto, organizações complexas e autoria dos dirigentes*», Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- «*Fundamento da responsabilidade criminal de entes coletivos: articulação com a responsabilidade individual*», em Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 201 e ss.
- Relevância dos mecanismos de "compliance" na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes, Anatomia do Crime, Coimbra, N.º 0 (Julho/Dezembro), 2014, pp. 75 a 91
- «*Responsabilidade criminal de entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal*», em Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 227 e ss.
- «*Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e coletiva*», Estudos em honra do Professor Doutor JOSÉ de OLIVEIRA ASCENSÃO, Volume II, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 1425 a 1443

BUCHO, CRUZ, Alteração Substancial Dos Factos Em Processo Penal, 2009,

disponível para consulta em www.trg.pt, secção de documentação/estudos

CARACCIOLI, «*Una sfida diabolica per i magistrati*», em *Il sole 24 ore*, 2001

CORDEIRO, António Menezes,

- Manual do Direito Das Sociedades, I Vol. Das Sociedades em Geral, Almedina, Coimbra, 2004
- O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Comercial, Almedina, 2000

CORDEIRO, Pedro, A Desconsideração da Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais, Universidade Lusíada Editora, 2008

COSTA, José de Faria, A Responsabilidade Jurídico-penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas coletivas, à luz do direito penal), Direito Penal Económico e Europeu, Volume I, Coimbra Editora, 1998

COSTA, Ricardo

- «*Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*», em Temas Societários, IDET, Almedina, Coimbra, 2006
- Os administradores de facto das sociedades comerciais, Almedina, 2014

CUNHA, Paulo Olavo,

- «Designação de pessoas coletivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas», Direito das Sociedades em Revista, Ano I, nº 1, 2009
- Direito das Sociedades Comerciais, 5.ª Edição, Almedina, 2012

CUTILLAS, Daniel Prades, Administradores de hecho, tipologías no tan encubiertas, Diario La Ley N.º 7168, 2009

DANTAS, António Leonês, “*A Definição e Evolução do Objeto do Processo no Processo Penal*”, em Revista do Ministério Público, N.º 63, Ano 16, Julho – Setembro, 1995

DIAS, Augusto Silva,

- Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Proteção do Futuro (Ambiente, Consumo e Genética Humana), Coimbra Editora, 2008
- «*Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantia no combate ao crime organizado*», em Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português, Coimbra Editora, 2009

DIAS, Jorge de Figueiredo

- As consequências jurídicas do crime, Editorial de Notícias, 1993
- Direito Penal - Sumários e Notas das Lições, Coimbra, 1976
- Direito Processual Penal, reedição da 1ª Edição de 1974 (Clássicos Jurídicos), Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- Sobre os sujeitos processuais no Código de Processo Penal, Jornadas de Direito Processual Penal, Edição do CEJ, Almedina, 1997

DIAS, Rui Pereira, Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas - Uma análise de Direito Material e Direito de Conflitos , Almedina, Coimbra, 2007

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara

- “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, em AA.VV., *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 93 a 162
- «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?», em MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, AGUSTÍN JORGE BARREIRO e CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ (Ed.): Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid: Civitas Ediciones, 2005
- La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005
- La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU., Editorial Universitaria, Ramón Areces, Madrid, 2006
- “¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas”, em Cuadernos de Política Criminal, N.º 88, 2006, pp. 119 a 154

DUARTE, Diogo Pereira, *Aspetos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, Almedina, 2007

ELISA Scaroina, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Giuffrè-Luiss University Press, Milano-Roma, 2006

EPIDENDIO, T.E., *Responsabilità degli enti e gruppi societari*, em Cass. Pen., 2011

EVERSBERG, Arndt, *Doppelvorstände im Konzern*, Berlin, 1992

FERREIRA, Marques, *Da alteração dos factos objeto do processo penal*, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano I, Fascículo 2, Abril-Junho, 1991, pp. 221 a 239

FRANÇA, Maria Augusta, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, AAFDL, 1994

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto, *Curso de Direito das Sociedades*, 3ª Ed., Almedina, 2000

FUREY, Nigel

- /Brenda Hannigan, Philip Wylie, John H. Farrar, *Farrar’s Company Law*, 4th Ed., Paperback, 1998

GOMES, José Ferreira, «*O governo dos grupos de sociedades*», em *O Governo das Organizações. A Vocação Universal do Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2011

- GONÇALVES, Diogo Costa, Pessoa coletiva e sociedades comerciais, Coimbra, Almedina, Reimpressão 2016
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, Código de Processo Penal - Anotado e Legislação Complementar, Almedina, 2009
- GUERRINI, R., La responsabilità da reato degli enti, Giuffrè, Milano, 2006
- HEINE, Günter
- *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Broschiert, 1995
 - «*Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa*» em JARA-GÓMEZ DÍEZ (Ed.), Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006
- IBAÑEZ, Fernandez, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Granada, 2006
- IRUJO, José Miguel Embid,
- Introducción al Derecho de los grupos de sociedades, Colección de Derecho Mercantil, Granada, Ed. Comares, 2003
 - «*Grupos y gobierno corporativo*», em GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO (Coord.), El gobierno de las sociedades cotizadas, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, pp. 595 a 614
- ISASCA, Frederico, Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português, Almedina, 1999
- JAKOBS, Günther
- *La pena estatal: significado y finalidad*, (Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez), Navarra:Thomson Civitas, 2006
 - «*La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*» (Tradução de CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ e JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES em GÓMEZ-JARA DÍEZ (Ed.), Teoría de sistemas y Derecho penal. Posibilidades y fundamentos de aplicación, Universidad Externado de Colombia, 2007
 - «*Sobre la génesis de la obligación jurídica: teoría y praxis de la injerencia el caso del dominio del hecho*», em GÜNTHER JAKOBS Conferencias sobre

- temas penales, (Tradução de Manuel Cancio Meliá) Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004
- Sociedad, Norma y Persona en una teoría funcional de Derecho penal (Tradução de Manuel Cancio Meliá y Bernado Feijoo Sánchez), Civitas, 1996
- LEITE, Inês Ferreira, *Ne (idem) bis in idem*. A proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público, Tese de Doutoramento, 2015
- LUHMANN, Niklas, *Organisation und Entscheidung*, (Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften), Gebundene Ausgabe, 2000
- MAIELLO, Vincenzo, La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel Decreto Legislativo n.º 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua? em *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2001
- MARTÍN, Adán Nieto,
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, Madrid. 2008
- MENDES, Paulo de Sousa, O regime da alteração substancial de factos no processo penal”, em AA.VV., *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português* (Organização de Mário Ferreira Monte, et. al), Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- MILITELLO, Vincenzo,
- “La responsabilidad penal en los grupos de empresa: la experiencia italiana”, em CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (Director), *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho penal económico*, La Coruña: Universidad da Coruña, 1998
 - “La giurisprudenza penale in tema di responsabilità degli amministratori della capogruppo e delle società del gruppo ex d. lgs. 231/2001”, al Convegno “La responsabilità ex D. Lgs. N.º 231/2001 nei gruppi societari”, Paradigma, Milano, 2010
- MOURA, José Adriano Souto de,
- «Notas sobre o objeto do processo: a pronúncia e a alteração substancial dos factos» em *Revista do M.ºP.º*, N.º 48, Ano 12, 1991, pp. 41 a 73

- *O objeto do Processo em Apontamentos de Direito Processual Penal*, II Volume, TERESA PIZARRO BELEZA, AAFDL, 1993, pp. 19 a 46
- MUSCO, Enzo, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, em *Diritto e Giustizia*, N.º 23, 2001
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de
- «*Administração de facto. Do conceito geral à sua aplicação aos grupos de sociedades e outras situações de controlo interempresarial*», em Paulo Câmara (Organização), *A nomeação dos administradores*, Coimbra, 2015, pp. 227 a 239.
 - Anotação aos artigos 481.ª a 508.ª do CSC, em *Código das Sociedades Comerciais Anotado* (Organização Menezes Cordeiro), Almedina, 2009
 - *Grupos de sociedades e deveres de lealdade. Por um critério unitário de solução do “conflito de grupo”*, Coimbra: Almedina, 2012
 - *Manual de Corporate Finance*, Almedina, 2015
 - *Manual de Grupos de Sociedades*, Almedina, 2016
 - /Miguel Sousa Ferro, «*The sins of the son: parent company liability for competition Law infringements*», *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, n.º 3, Julho-Setembro, 2010
- PALIERO, C.E., “*Il d.lgs. 8 giugno 2001, n.º 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*”, *Corriere Giuridico*, 2001
- PAZ-ARES, Cándido, «*Uniones de empresas y grupos de sociedades*», em *Revista Jurídica*, Nº 1, 1999, pp. 223 a 252
- RIBEIRO, Maria de Fátima,
- *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2012
 - *Responsabilidades nas relações de domínio*”, em III Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2014
- ROXIN, Claus, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Veja, 2004
- RUGGIERO, Gianluca, *Contributo allo studio della capacità penale. Lo “statuto” della persona física e degli enti*, Torino: Giappichelli Editore, 2007
- HENRIQUE Salinas, *Os limites objetivos do ne bis in idem*, Universidade Católica, 2014

SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo,

- “*Autoria e participação em organizações empresariais complexas*”, em MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS e PAULO de SOUSA MENDES, Direito Penal Económico e Financeiro. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento, Coimbra Editora, 2012, pp. 123 a 162.

- «*Autorregulacion y Derecho Penal de la empresa: Una cuestion de responsabilidad individual?*», em ARROYO JIMENEZ e ADÁN NIETO MARTIN, Autorregulacion y sanciones, Valladolid, 2008

- «*Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles*», em MIGUEL ONTIVEROS, (Coord.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro. Valencia: tirant lo blanch, 2013

- “Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y en el Derecho penal peruano”, em PERCY GARCÍA CAVERO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, ARA Editores, 2002

SCHMIDT, Karsten, Abhängigkeit und faktischer Konzern als Aufgaben der Rechtspolitik: Zu den Juristentagsgutachten von Druey und Hommelhoff, *Juristen Zeitung*, 1992

SEIÇA, António Alberto Medina de, O Conhecimento Probatório do Coarguido, Coimbra Editora, 1999

SILVA, Fernando Castro, Das Relações Inter-societárias (Sociedades Coligadas) em *Revista do Notariado*, Outubro – Dezembro, 1986, Associação Portuguesa dos Notários, Lisboa, pp. 488 a 537

SILVA, Germano Marques da

- Curso de Processo Penal, Volume I, Noções gerais, Elementos do Processo Penal, Verbo, 2010

- Curso de Processo Penal, Volume III, Verbo, 2009

- Questões processuais na responsabilidade cumulativa das empresas e seus gestores», Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a JORGE de FIGUEIREDO DIAS, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009, pp. 789 a 803

- Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes, Almedina, 2009
 - «Responsabilidade penal das pessoas coletivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro», Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, número especial da Revista do CEJ, n.º 8, 1º Semestre de 2008, pp. 69 a 97
- STRATENWERTH, Günter, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, em Geppert, Klaus/Bohnert, Joachim/Rengier, Rudolf (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*; Tübingen, 1992
- SOARES, António Quirino, *“Convolações”*, em *Coletânea de Jurisprudência Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano II, Tomo III*, 1994
- TEIXEIRA, Carlos Adérito, *A pessoa coletiva como sujeito processual; ou a “descontinuidade” processual da responsabilidade penal*, em *Revista do CEJ* N.º 8, 2008
- TERRÍVEL, Rita, *O levantamento da personalidade coletiva nos grupos de sociedades*, em *Revista de Direito das Sociedades, Ano IV (2012), N.º 4*, Diretor: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, pp. 935 a 1007
- TEUBNER, Günther, *The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors* em JOSEPH MCCAHERY, SOL PICCIOTTO, E COLIN SCOTT (Ed.) *Corporate Control and Accountability: Changing Structures and the Dynamics of Regulation*, Oxford: Clarendon Press, 1993
- TORRÃO, Fernando, *Societas delinquere potest? - Da Responsabilidade Individual e Coletiva nos "Crimes de Empresa"*, Almedina, 2010
- TRIGO, Maria da Graça, *Grupos de Sociedades*, em *O Direito, Ano 123, Tomo I, Janeiro-Março*, Lisboa, 1991, pp. 41 a 114
- VENTURA, Raúl, *Nota sobre a pessoa coletiva designada administrador da sociedade anónima*, em *O Direito* 125 III-IV Julho-Dezembro, 1993
- VERO, GIANCARLO de, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DE COIMBRA

Processo n.º 255/10.2T2AVR-E.C1 de 18 de Janeiro de 2011, Relator: Fonte Ramos

Processo n.º 224/02.6TAVNO.C1 de 1 de Junho de 2011, Relator: Mouraz Lopes

Processo n.º 2110/09.0T2AVR.C1 de 15 de Janeiro de 2013, Relator: Luís Filipe Cravo

Processo n.º 943/10.8TTLRA.C1 de 3 de Julho de 2013, Relator: Felizardo Paiva

ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DE ÉVORA

Processo n.º 170/08.0TAVVC.E1 de 12 de Junho de 2012, Relator: João Amaro

Processo n.º 136/13.8TTEVR.E1 de 28 de Janeiro de 2016, Relator: João Nunes

ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DE LISBOA

Processo n.º 1119/2005-6 de 3 de Março de 2005, Relator: Gil Roque

Processo n.º 6245/2007-5 de 23 de Outubro de 2007, Relator: Filipa Macedo

Processo n.º 646/11.1TVLSB-B.L1-1 de 4 de Outubro de 2011, Relator: Manuel Marques

Processo n.º 496/11.5IDLSB.L1-3 de 17 de Abril de 2013, Relator: Jorge Raposo

Processo n.º 666/07.0JFLSB.L1-3 de 22 de Maio de 2013, Relator: Laura Goulart Maurício

Processo n.º 1804-11.4TVLSB.L1-6 de 28 de Janeiro de 2016, Relator: Maria Teresa Pardal

Processo n.º 990/11.8TTLSB.L1-4 de 4 de Maio de 2016, Relator: José Eduardo Sapateiro

ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DO PORTO

Processo n.º 1834/08.3PIPRT.P1 de 19 de Outubro de 2011, Relator: Moreira Ramos

Processo n.º 106/09.0IDBRG.P1 de 7 de Março de 2012, Relator: José Piedade

ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo n.º 98P1120 de 7 de Janeiro de 1999, Relator: DIAS GIRÃO

Processo n.º 05A1413 de 31 de Maio de 2005, Relator: FERNANDES MAGALHÃES

Processo n.º 08A3991 de 3 de Fevereiro de 2009, Relator: PAULO SÁ

DECISÕES DE DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, *Imperial Chemical Industries* contra Comissão Europeia (Processo 48/69)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1983, *AEG-Telefunken* contra a Comissão Europeia (Processo 107/82, *Recueil*)

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags* contra Comissão Europeia (Processo C-286/98 P, Colect., p. I-9925)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de Novembro de 2000, *Metsä-Serla Sales Oy* contra Comissão (Processo C-298/98 P)

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de outubro de 2008, *Schunk e Schunk Kohlenstoff-Technik* contra a Comissão Europeia (Processo T-69/04, Colet., p. II-2567)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 10 de Setembro de 2009, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akcros Chemicals LTD* contra Comissão Europeia (Processo C-97/08 P)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sétima Secção) de 30 de Setembro de 2009, *Arkema* contra a Comissão Europeia (Processo T-168/05)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 20 de Janeiro de 2011, *General Química SA e outros* contra a Comissão Europeia (Processo C-90/09 P)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 29 de setembro de 2011, *Elf Aquitaine SA* contra a Comissão (Processo C-521/09 P)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 22 de janeiro de 2013, *Comissão Europeia* contra *Tomkins* (Processo C-286/11 P)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 10 de abril de 2014, *Areva SA e Alstom SA* contra a Comissão Europeia, (Processos apensos C-247/11 P e C-253/11 P)

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 17 de setembro de 2015, *Total SA* contra Comissão Europeia (Processo C-597/13 P)

ACÓRDÃO DA CASSAZIONE PENALE

Cassazione Penale, Sezione Quinta Penale, Sentença n.º 24583 de 18 de Janeiro de 2011 (publicada a 20 de Junho de 2011)