CRITÉRIOS OBJETIVOS DE IMPUTAÇÃO DE FACTO COLETIVAMENTE TÍPICO À PESSOA COLETIVA E O CONCEITO DE GERENTES DE FACTO E DE DIREITO: ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO DE 06.03.2009

João Pedro Neves Rodrigues[*]

Abstract: *This article addresses the concepts of de jure director and de facto director and their relevance in regards to the imputation of the criminal act to the legal person. Starting with the analyses of a decision of an Oporto Court of Appeal judgment (06.03.2009, case no. 21/05.7TAPRD.P1), and proceeding to compare the content of that decision with the latest studies in Portuguese doctrine, the author aims to reach a conclusion on how such concepts relate to the legal person's criminal liability, and how they should be applied in order to impute the criminal act to the legal person in an adequate manner that doesn´t violate the core principles of the Portuguese criminal system.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O acórdão em análise. 2.1. A decisão do tribunal de 1.ª instância. 2.2.A decisão do Tribunal da Relação do Porto.3. Comentário ao Acórdão. 3.1. A imputação do facto coletivo. 3.2. A matéria de facto. 3.3. A gerência de facto e de direito. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal das pessoas coletivas é uma área relativamente nova cujos estudos são, na sua maioria, consideravelmente recentes e em pequeno número quando comparados com outras áreas do direito penal. Tendo em consideração este afloramento do direito penal das pessoas coletivas, e a ele adicionando o

---

* Este trabalho corresponde, no essencial, ao apresentado na disciplina de Direito Penal IV, do Mestrado em Ciências Forenses, subordinada ao tema "Responsabilidade Penal das pessoas coletivas: aspectos substantivos e processuais") e lecionada pela Professora Teresa Quintela de Brito

facto de esta área possuir muitas especificidades que a distinguem dos restantes ramos do direito penal, nomeadamente em questão de prova e imputação objetiva, perceber-se-á que estamos perante uma área bastante complexa. De todos estes fatores resulta que, no plano prático, nomeadamente em termos jurisprudenciais, esta área apresenta muitas dificuldades para os tribunais, como uma miríade de acórdãos assim tem vindo a demonstrar ao longo das últimas duas décadas. Estas dificuldades são tão mais evidentes no que respeita à imputação objetiva e respetiva prova, e resultam em decisões que, por vezes, parecem não ser as mais conseguidas de acordo com a doutrina e os estudos mais recentes.

É nesta linha que surge o acórdão aqui em estudo, onde, como se irá demonstrar, a forma como a prova do facto coletivo (e até individual) e da culpa foi feita parece não ser a mais adequada segundo os princípios basilares do direito penal, tal como não o foi a própria imputação do facto no caso concreto, nomeadamente devido ao extensíssimo uso da prova indireta, leia-se presunções judiciais. Estas presunções judiciais foram a base da decisão do tribunal *a quo*, nomeadamente na questão da gerência de facto e de direito, e cabe fazer uma análise desta matéria de forma a verificar até que ponto tal é passível de ser efetuado. Assim, atentando na jurisprudência e doutrinas mais adequadas e recentes, irá ser feita uma análise em torno daquela que foi a forma de atuar e decidir do tribunal *a quo* e do tribunal *a quem*, percebendo até que ponto esta foi a mais correta.

Será ainda feita uma abordagem à problemática do gerente de facto e de direito, questão também central do acórdão, de um ponto de vista mais teórico de forma de afastar qualquer dúvida que da análise do acórdão possa resultar.

2. O ACÓRDÃO EM ANÁLISE

2.1. A decisão do tribunal de 1.ª instância

Este acórdão tem como base o incumprimento das obrigações fiscais por parte da pessoa coletiva "E, S.A.", nomeadamente a ausência de pagamento do IVA devido entre o período de fevereiro de 2003 e dezembro de 2004, e a resultante condenação desta pelo crime de abuso de confiança nos termos do art. 7.º do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), assim como das pessoas singulares B, C e D, seus administradores, pelo crime de abuso de confiança nos termos do art. 105.º, n.º 1, do RGIT.

Durante o julgamento foram apresentadas como provas documentais a certidão da Conservatória do Registo Comercial assim como o pacto social atualizado e foi ouvida uma única testemunha, F, Inspetor Tributário da Direção-Geral de Finanças do Porto, arrolada pela acusação, que efetuou uma ação inspetiva à sociedade arguida, embora, segundo o própria, tal inspeção só tivesse sido realizada no final de 2005, quando a sociedade já havia falido.

Assim, da prova produzida podemos verificar que em 2001 foi constituída a empresa arguida "E, S. A.", que tinha como membros do seu conselho de administração B (Presidente do conselho), C e D (vogais do conselho), tendo aquela sido declarada falida em 27/10/2005, e que durante o período compreendido entre janeiro de 2003 e dezembro de 2004 a sociedade procedeu à retenção da quantia de IVA, tendo enviado as declarações a que estava obrigada, mas não as fazendo acompanhar do respetivo pagamento.

Perante a presente factualidade, o tribunal de 1.ª instância fixou a matéria de facto, dando como provado, sucintamente, que:

1. "Desde o início da sua atividade, em 2001, e durante o quadriénio de 2001 a 2004, a sociedade arguida "E, S. A." teve como membros nomeados do seu Conselho de Administração, que assim a geriam de facto e de direito, os arguidos B, C e D";
2. "Durante o período compreendido entre janeiro de 2003 e dezembro de 2004, a empresa arguida "E, S. A.", através dos arguidos B, . e D, os quais, agindo em conjugação de esforços e de intenções, procederam à retenção da quantia de IVA, (…) enriquecendo assim o seu património na exata medida em que empobreceu o do Estado";
3. "Durante tal período temporal, a empresa arguida "E, S. A.", através dos arguidos B, C e D, enviou as declarações periódicas (...) não tendo, no entanto, aquelas declarações sido acompanhadas dos respetivos meios de pagamento (...)";
4. "Os arguidos B, C e D, (...), atuaram sempre livre, deliberada e conscientemente, de comum acordo e em conjugação de esforços, em nome e no interesse da sociedade arguida (...)".

Com base nisto, entendeu o tribunal de 1.ª instância que "do conjunto desta prova produzida (...) se pode concluir que os arguidos praticaram o crime que lhes vem imputado" já que "por um lado, do ponto de vista formal, os arguidos integram o Conselho de Administração da sociedade arguida (…). Por outro

lado, de acordo com as regras da experiência comum e da normalidade do curso da vida, não há qualquer fundamento que leve o Tribunal à conclusão de que os arguidos não exerciam a gerência de facto da sociedade arguida, ou sequer, que funde uma sustentada suspeita sobre tal facto". E, ainda mais: "não se compreenderia que se mantivessem registados como membros dos órgãos societários e, apesar disso, não decidissem os destinos da sociedade arguida e não gerissem a mesma, motivo pelo qual o Tribunal imputou os factos constantes da acusação aos arguidos".

2.2. A decisão do Tribunal da Relação do Porto

Da decisão do tribunal do tribunal *a quo* recorreram os réus B, C e D, alegando a falta de prova que suportasse os factos dados como provados, tanto em termos de imputação objetiva como na medida da culpa individual, e ainda a impossibilidade do uso de presunções em direito penal. Com base nisto, foi redigido o acórdão aqui em análise.

a) A decisão do Tribunal da Relação do Porto

O Tribunal da Relação do Porto começou por sustentar a possibilidade do uso de presunções, embora aponte, fazendo suas as palavras de Germano Marques da Silva, que "a apreciação da prova indireta exige um particular cuidado, apenas se podendo extrair o facto provando do facto indiciário quando tal seja corroborado por outros elementos de prova, de modo a que sejam afastadas outras hipóteses igualmente possíveis"[1].

Em seguida, e tratando da questão central, o Tribunal sustenta uma posição oposta à do Tribunal *a quo*, defendendo que, "exigindo a lei expressamente uma atuação voluntária, a mera identificação da posição nominal ou de direito de representante não basta para desencadear responsabilização penal pelas dívidas tributárias, como bem se compreende, pois a responsabilidade penal é, por natureza, subjetiva" e ainda, parafraseando Paulo Saragoça da Matta[2], a lei ao exigir uma atuação voluntária afasta "qualquer tentativa de nela ver uma responsabilidade funcional-objetiva, decorrente da mera titularidade da posição de representante".

Assim, o tribunal defende a insuficiência da simples gerência de direito para gerar responsabilização penal e, nesta linha, absolve não só os réus B, C

1 Silva, 2003: 100-101.

2 Matta, 2001: 105.

e D, por não ter sido feita prova relativamente às suas condutas e à sua culpa, como também a sociedade "E, S.A.", por impossibilidade de imputação devido à "exclusão da responsabilidade criminal dos arguidos".

b) O voto de vencido de José Joaquim Aniceto Piedade

Partindo da ideia de que as pessoas coletivas são capazes de vontade, formando-se essa vontade através dos seus órgãos, ou agentes, José Aniceto Piedade vem apresentar uma solução semelhante à apresentada pelo tribunal *a quo*, argumentando que, se é através dos administradores que as pessoas coletivas atuam, então a responsabilidade criminal dos atos praticados por esta deverá recair tanto naqueles como nesta. Assim, segundo este, "a dedução lógica que se impõe é a seguinte: quem figura legal e estatutariamente como titular desses órgãos, detém o poder representativo e deliberativo, e também a responsabilidade que lhes são inerentes", portanto, "se não tem sentido a absolvição das pessoas singulares, titulares do conselho de administração, menos sentido ainda tem a absolvição da própria sociedade, com base em se "desconhecer" se os administradores exerciam de facto os seus poderes, e tinham as respetivas responsabilidades".

3. COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO

Como se pode perceber, são apresentadas aqui duas posições claramente distintas relativamente à forma como deve ser feita a imputação objetiva do facto à pessoa coletiva e aos seus representantes legais, tendo, por um lado, a posição do tribunal *a quo* e aquela defendida por José Piedade no voto de vencido, e por outro aquela defendida pelo Tribunal da Relação. Parece ser inclusivamente possível separar, em certa medida, as posições do tribunal *a quo* e de José Piedade, uma vez que o primeiro parece fazer uso das presunções para, partindo da ideia de gerente de direito, afirmar que existe também uma gerência de facto, ao passo que a argumentação de José Piedade parece defender uma responsabilidade criminal objetiva derivada de funções assumidas onde, mais do que presumir a gerência de facto (embora não o deixe de o fazer), se pune o gerente de direito, independentemente de qualquer controlo material que este tenha sobre o facto punível e a ação no caso concreto. Cumpre então analisar a questão à luz da doutrina e jurisprudência e perceber qual parece ser a solução mais conseguida.

3.1. A imputação do facto coletivo

Tratando-se aqui dos critérios objetivos de imputação do facto coletivamente típico à pessoa coletiva, importa desde logo relembrar o que está na base do facto que lhe vai ser imputado.

A pessoa coletiva comete factos puníveis através da sua organização. Logo relaciona-se com o Direito Penal através da sua organização. Ora, Ernst-Joachim Lampe[3] relembra-nos da existência de uma superior perigosidade das organizações através da teoria psicanalítica. Assim, a difusão moral-individual da responsabilidade tem de ser compensada por um aumento da responsabilidade social da organização. Citando Kaufmman, Lampe[4]lembra ainda que o sistema social, assim como o próprio ordenamento jurídico, depositam uma especial confiança na capacidade de organização e controlo da pessoa jurídica. Assim, será justificado, segundo Teresa Quintela[5], "a imposição à pessoa jurídica de deveres de organização, gestão e controlo destinados a impedir a sua conversão em uma força criminógena e respetiva utilização como instrumento para realização de objetivos pessoais ilícitos".

No entanto, tal não significa que a pessoa jurídica possa ser punida única e simplesmente por qualquer (eventual) deficiência organizativa, já que, se é verdade que se pune a pessoa coletiva pelo facto ilícito que irrompe da sua organização, qualquer deficiência nesta será apenas um fundamento de atribuição de responsabilidade criminal, não constituindo ela mesma o próprio objeto de imputação. Assim, a atribuição de um facto qualificado como crime tem de seguir os critérios de imputação de responsabilidade próprios do Direito Penal, ou seja, os princípios da responsabilidade penal pessoal pelo próprio facto, tipicidade, determinação e realidade-efetividade do facto punível. Como tal, não podemos presumir o facto punível coletivo, nem o facto individual do agente de conexão. Nesta linha, não se devem confundir os casos em que existe uma realidade-efetividade do facto punível a imputar ao ente coletivo, onde são respeitados os critérios de imputação acima mencionados, com os casos em que se presume um facto penal baseado na verificação de um resultado objetivamente típico provindo da pessoa coletiva e na existência de uma hipotética violação do dever de vigilância e controlo por parte da pessoa coletiva.

---

3 Lampe, 1994: 691-699.

4 Lampe, 1989: 213.

5 Brito, 2012:379.

Assim, indica Teresa Quintela de Brito, o facto típico da pessoa coletiva não se confunde com um estado de perigosidade da organização relativamente à execução de factos puníveis, cuja condição objetiva de punibilidade seria o crime praticado pelas pessoas singulares que daquela irrompe.

É adotado e vigora entre nós o modelo de intermediação, nunca um modelo de imputação direta,otendo, portanto, de existir uma imputação material do facto típico a uma pessoa singular, que depois é coletivizado, como de resto nos indica o art. 11.º n.º 2, al. *a)* CP. Mesmo no caso da al. *b)* deste mesmo número não podemos deixar de passar pela pessoa singular e pela prova dos seus contributos, já que neste caso têm de existir contributos de subalternos que atuam sob a autoridade do dirigente (e que, como nos diz Teresa Quintela de Brito, consagra a teoria da agregação já que existem contributos ao nível de vários escalões e que vão ser agregados para imputar o facto típico à pessoa coletiva) e, ainda, a "violação de deveres de vigilância ou controlo" por parte daquele.

No que respeita a esta questão, parece ser relevante chamar desde já a atenção para expressão utilizada pelo Tribunal da Relação quando, ao afastar a responsabilidade criminal da pessoa coletiva devido à solução chegada em sede de recurso relativamente à absolvição dos arguidos B, C e D, o faz por se ter "excluído a responsabilidade criminal dos arguidos pessoas singulares". Se, no caso concreto, a aplicação desta expressão acaba por não ter consequências práticas, já que esta exclusão advém da inexistência de prova de qualquer conduta voluntária por parte dos administradores, a verdade é que a expressão parece não ser a mais feliz. O próprio art. 11.º, n.º 7 indica expressamente que não existe qualquer dependência entre a responsabilidade penal da pessoa coletiva e da pessoa singular, nem tão pouco são confundíveis o dolo e a culpa da pessoa singular com a da pessoa coletiva, sendo estes autónomos entre si. Assim, deveria ter sido dito que estava excluído o nexo de imputação do facto à pessoa física, já que é esta exclusão, não a da responsabilidade penal, que faz com que se torne impossível responsabilizar a pessoa coletiva. Note-se que com isto não se quer significar que apenas é necessário provar o nexo de imputação do facto coletivo a um ou vários administradores, já que a responsabilidade da pessoa coletiva pressupõe também que sejam tomados em consideração os conhecimentos desses administradores e, ainda, os acumulados ao nível dos órgãos e centros de liderança funcionalmente envolvidos na prática desse fact).

3.2. A matéria de facto

Como se disse, durante o julgamento em 1ª instância as provas apresentadas limitaram-se à apresentação de prova documental sobre quem constituía o concelho de administração da pessoa coletiva e uma testemunha, que só teve contato com a situação concreta depois da pessoa coletiva já ter falido.

Deve então questionar-se como é que do registo comercial e do pacto social atualizado se pode concluir, como o fez o tribunal *a quo*, e, portanto, se pode considerar provado que "(...) assim a geriam de facto e de direito, os arguidos B, C e D". Dificilmente se pode entender como se pode inferir esta gerência de facto, este controlo real dos atos imputados às pessoas singulares no caso concreto (e mesmo, até, um controlo real dos destinos da pessoa coletiva), de um pacto social atualizado. Parece então claro que a única forma será através de presunção jurídica segundo a qual todo o gerente de direito é, também, gerente de facto. Não se discute que, segundo regras de experiência, tal possa e assim suceda em muitas situações, nem tão pouco se procura proibir a própria presunção, mas esta deve ser suportada por outros elementos de prova. Assim, o uso da presunção não pode significar a imputação de uma conduta típica a uma pessoa singular sem ser feita qualquer outra prova no caso concreto, até porque tal parece claramente ir contra aquele que são as ideias e princípios base do Direito Penal português.

O mesmo vale para outros factos que o tribunal *a quo* deu como provados, nomeadamente quando dá como provado queB"B, . e D, os quais agindo em conjugação de esforços e de intenções, procederam à retenção da quantia de IVA"; "a empresa arguida "E, S. A.", através dos arguidos B, C e D, enviou as declarações periódicas"; e que "B, C e D, (...), atuaram sempre livre, deliberada e conscientemente, de comum acordo e em conjugação de esforços, em nome e no interesse da sociedade arguida (...)". Aqui estão a ser dadas como provadas condutas concretas, atos individuais voluntários que, segundo o tribunal *a quo*, foram realizadas pelos arguidos, embora nenhuma real prova tenha sido apresentada que aponte nesse sentido. Assim, tem novamente lugar o uso de presunções, sendo que neste caso tal parece ser ainda mais grave, pois esta presunção já parte não de um facto conhecido, como a anterior partia (a gerência de direito), mas sim de uma presunção (a gerência de facto presumida) e, com base nesta presunção, presume-se que todos os arguidos agiram em comunhão de esforços, tinham conhecimento do sucedido e praticaram os atos que lhes foram imputados. Assim, a própria culpa está a ser presumida e parece estar a ser abandonada toda e qualquer prova do elemento subjetivo. Pergunta-se então

como pode esta ideia conviver com um direito penal "do facto" e da "culpa pelo facto" onde impera a culpa pessoal e a realidade-efetividade do facto punível. A verdade é que não pode e, portanto, parece ser correta a posição sustentada pelo Tribunal na Relação relativamente a esta questão.

Existe, obviamente, uma relevância da posição funcional de dever relativamente aos dirigentes. Neste sentido, Frederico da Costa Pinto relembra-nos a existência de uma posição de garante do superior hierárquico, à luz dos seus deveres legais, do pacto social ou da sua posição de domínio. Esta posição de garante permite-lhe envolver-se num facto ilícito, "omitindo o controlo sobre esse tipo de atos"[6]. Segundo este, uma das formas típicas de concertação entre superior hierárquico e subalterno e de articulação com a ação do subalterno consiste na "omissão funcional paralela à ação". Tal é facilmente compreensível já que "a posição dos agentes (relativamente ao facto típico) está muitas vezes pré-delimitada pela sua esfera de competência funcional" e a omissão configura-se como "forma característica de violar deveres funcionais e atuar concertadamente com o agente material"[7].

No mesmo sentido, também Augusto Silva Dias afirma que "a responsabilidade penal dos dirigentes passa pela violação de deveres, negativos (de "não fazer") ou positivos ("de fazer"), cujos efeitos se repercutem sobre a realização do facto típico", indicando dois requisitos necessários para que esta responsabilidade exista, sendo estes "a posição de garante, fundada no controlo da fonte de perigo e o domínio da organização para a execução do facto típico.[8]

Nesta mesma linha, Klaus Roxin sustenta a punição dos dirigentes de pessoas coletivas com base na sua posição de garante da legalidade da atuação da organização. Assim, independentemente do seu contributo se basear num "fazer" ou num "deixar acontecer algo por cuja não ocorrência se tem de responder", esta posição de garante permite transforma-los em autores segundo as regras por ele desenvolvidas dos "delitos de dever"[9].

No entanto, nada disto, nem tão pouco a complexidade das estruturas organizativas da pessoa coletiva e a pluralidade de intervenientes possíveis nos factos que desta emergem, podem traduzir-se numa adesão a um conceito puramente normativo de autor, nem uma aceitação de uma responsabilidade criminal

6 Pinto, 1998: 225-227.

7 Pinto, 1998: 227-228.

8 Dias, 2008: 197 e 229.

9 Roxin, 2006: 247-248

objetiva derivada de funções assumidas. Não deve, portanto, ser aceite a possibilidade de imputação sem fazer prova concreta de um qualquer contributo de uma pessoa singular, nem tão pouco um automatismo que permita imputar uma conduta típica a um agente baseado unicamente na sua função assumida.

Neste sentido, Augusto Silva Dias diz-nos que a responsabilidade penal não pode basear-se em meros deveres funcionais, sendo exigências do princípio da subsidiariedade da intervenção criminal a tradução especificamente penal dos deveres funcionais e a clarificação da sua relação com a prática do facto.[10]

No mesmo sentido, Susana Aires de Sousa defende que os meros deveres funcionais decorrentes da organização empresarial não se identificam, imediata e automaticamente, com o dever criminalmente relevante. Assim, deve ser efetuada uma determinação dos deveres já que tal permite a "delimitação de espaços individuais de responsabilidade no contexto empresarial". Defende assim que a obrigação criminalmente relevante de evitar o resultado típico depende de dois parâmetros, sendo estes (i) a responsabilidade individual do agente no contexto empresarial, segundo o "quadro de funções e competências organicamente atribuído ao cargo empresarial", e (ii) a possibilidade de, no caso concreto, cumprir essa obrigação,otendo, portanto, o domínio dos factos que se dão dentro da sua área de responsabilidade e que colocam em perigo o bem jurídico-penal. Ora, esta última condição vem então impedir o referido automatismo aquando da imputação do facto típico ao agente, afastando qualquer responsabilidade que decorra "exclusivamente, da função exercida, isto é, de uma responsabilidade criminal objetiva derivada das funções assumidas"[11].

Também Teresa Quintela de Brito, relativamente à individualização da responsabilidade dos dirigentes no seio da organização, defende esta posição de que, pese embora a relevância da posição funcional do agente, não se deve jamais aderir a um conceito puramente normativo de autor, nem aceitar qualquer tipo de responsabilidade criminal objetiva derivada das funções assumidas.

Por último, importa recordar que mesmo o facto de estarmos perante a aplicação dos artigos 7.º e 105.º do RGIT não altera, na generalidade, o aqui exposto. Neste sentido, e relativamente ao art. 7.º RGIT, a jurisprudência, nomeadamente Jorge Raposo em (Ac. TRL de 17/04/2013[12]) e Ana Paula Grandvaux

10 Dias, 2008: 225-227.

11 Sousa, 2009: 1034-1035.

12 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17/04/2013, relator Jorge Raposo, Processo n.º 496/11.5IDLSB.L1-3.

(em Ac. TRL de 8/05/2013[13]), tem defendido que a sua aplicação não pode significar um total abandono dos critérios de imputação de responsabilidade próprios da matriz de validade do Direito Penal, como de resto vem indicando a jurisprudência. Respeitando ao art. 105.º RGIT, também no mesmo sentido a jurisprudência, designadamente Lee Ferreira em Ac. TRG de 11-05-2015[14], afirma que este não pode traduzir-se numa adesão a um conceito puramente normativo de autor, nem na aceitação de uma responsabilidade criminal objetiva derivada das funções assumidas.

Assim, parece que a tese defendida por José Aniceto Piedade também não se mostra a mais adequada já que a responsabilidade criminal puramente objetiva derivada de funções assumidas colide com os princípios basilares do Direito Penal assim como com a necessidade de individualização da conduta e da culpa.

Nesta linha, também a argumentação do tribunal *a quo*, nomeadamente quando indica que, relativamente à presunção de gerência de facto, "não há qualquer fundamento que leve o Tribunal à conclusão de que os arguidos não exerciam a gerência de facto da sociedade arguida, ou sequer, que funde uma sustentada suspeita sobre tal facto", parece não ser a mais correta. A realização deste raciocínio presuntivo não pode jamais fazer com que se altere o ónus da prova, até porque o princípio da presunção de inocência assim o proíbe, mas parece ser isto que acaba por acontecer. A argumentação do tribunal, ao referir não existirem suspeitas que suportassem a não gerência de facto, parece indicar que, segundo este, ao estabelecer-se que existe uma gerência de direito, então altera-se o ónus da prova, cabendo assim aos arguidos "criar suspeitas" que não existe uma gerência de facto e que, não sendo estas criadas, então dá-se como provada a gerência de facto. Se é verdade que o tribunal assim não o afirma, não parece ser plausível retirar outra conclusão que não esta da argumentação por este apresentada.

3.3. A gerência de facto e de direito

Uma que vez que o acórdão incide na questão da gerência de facto e de direito, parece ser também útil aprofundar um pouco esta matéria a fim de se poder clarificar as questões que esta problemática traz, assim como a ideia de representação e administrador de facto e de direito.

---

13 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-05-2013, relatora Ana Paula GrandVaux, Processo n.º 11110/05.8TDLSB.L2-3.

14 Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11/05/2015, relator Lee Ferreira, Processo n.º 196/10.3IDBRG.G1.

Não aprofundando aqui a questão da existência de um conceito especificamente penal de representante de pessoa jurídica, conceito esse que divergiria dos conceitos jurídico-civil ou jurídico-comercial de representante (resultante da necessidade de imputar à pessoa coletiva factos penais e não atos ou negócios jurídicos), embora não prescinda de elementos básicos do conceito jurídico-civil de representação, cumpre perceber o que se entende por representante.

Segundo este conceito, diz-nos Teresa Quintela de Brito que o representante para efeitos de responsabilidade penal é todo aquele que exerce funções e poderes, fácticos e não legais ou formais, de liderança na pessoa coletiva e que lhe permitem envolver a coletividade na prática do crime. Assim, terá de existir uma "investidura expressa ou tácita no exercício de funções que implicam poderes para decidir em nome ou pela coletividade", "funções e poderes que conferem ao respetivo titular acesso à vulnerabilidade jurídico-penalmente relevante do bem protegido pelo concreto tipo incriminador" e a "comissão de facto no exercício de tais funções e poderes"[15].

Assim, crucial é o elemento fáctico, os poderes que a pessoa singular em questão detém, no caso concreto e na situação real da vida da pessoa jurídica.

Quanto ao próprio conceito de administrador de facto, deve-se sublinhar que muitas vezes na doutrina e jurisprudência o conceito de "representação de facto" é usado inadequadamente para casos de mera aparência de representação ou de não-representação, assim como para os casos onde existe efetivamente representação de direito titulada por ato expresso ou tácito, mas que mesmo assim a jurisprudência acaba por definir como representação de facto.

No entanto, como nos diz Germano Marques da Silva, e no mesmo sentido, Ana Sofia Rendeiro, sendo a finalidade do conceito de administrador de facto em direito penal a de imputação objetiva e subjetiva de uma conduta típica ao agente de crime, mesmo partindo de um conceito genérico de administrador de facto, este nunca será suficiente, tendo de ser concretizado relativamente a cada tipo incriminador[16][17].Cumpre também sublinhar que, para efeitos de responsabilidade penal, não se pode traçar, *a priori,* uma relação direta entre administração de facto ou administração de direito e a possibilidade destas estarem na origem da atribuição da responsabilidade coletiva, aplicável em todos os casos. Assim existem casos em que um administrador de direito

15 Brito, 2013: 1663.

16 Silva, 2009.

17 Rendeiro, 2011.

não é administrador para efeitos de atribuição de responsabilidade coletiva, como acontece com, usando aqui a designação de Daniel Prades Cutillas[18],o administrador-espantalho que se limita a aparentar a gerência, abstendo-se de qualquer ato, pois uma eventual atuação, em que acabe por aceder à vulnerabilidade do bem jurídico-penal, mas que não é realizada dominando o concreto modo de organização e funcionamento da pessoa coletiva, que não administra realmente. E existem também casos em que um administrador de facto não é administrador para efeitos de atribuição de responsabilidade coletiva, como no caso ds administrador sombra, segundo designação de Coutinho de Abreu, que o define como "pessoa sem qualquer cargo de administração ou função profissional na sociedade, que não exerce diretamente funções de gestão, mas determina a atuação dos administradores de direito"[19], exemplificado pelo art. 83.º, n.º4 CSC, o administrador de facto *stricto sensu,* segundo designação de António Menezes Cordeiro, definido por este como "pessoa que, por razões objetivas e/ou subjetivas, exerça o poder na sociedade, dando ordens aos administradores de direito"[20], ou o administrador oculto parasitário, segundo designação de Daniel Prades Cutillas[21],uma vez que estes não estão habilitados pela pessoa coletiva para a gerir nem a gerem efetivamente.

Não existe, no entanto, uma relação direta entre simples administrador de direito e impossibilidade de acionar a responsabilidade jurídico-penal da pessoa jurídica, já que, e utilizando novamente as classificações de Daniel Prades Cutillas[22],o administrador-jarra (aquele que tem apenas intuito decorativo, ou seja, a função é apenas lá estar porque "tem de existir um administrador social") ou administrador testa de ferro(aquele que atua normalmente no tráfico da sociedade até que o seu principal, por exemplo o mandatário geral, lhe requeira obediência) podem originar esta responsabilidade quando o facto punível a imputar se integre no âmbito de poderes materiais de que aquele efetivamente dispõe, mediante atribuição expressa ou tácita da primeira.

18 Cutillas, 2009: 13-14.

19 Abreu, 2010: 99-101.

20 Cordeiro, 2011: 276.

21 Cutillas, 2009: 1.

22 Cutillas, 2009:13-14.

4. CONCLUSÃO

A questão da gerência de facto e de direito tem sido abordada, na jurisprudência portuguesa, de diversas formas. No acórdão em questão, podemos ver que duas, ou até três teses diferentes sobre esta matéria acabam por surgir, sendo que duas delas parecem não ser de aceitar.

A posição seguida pela 1.ª instância, onde a gerência de facto é presumida pela gerência de direito, parece, como vimos, não ser a mais correta, não só porque não se faz prova do efetivo comportamento individual voluntário por parte da pessoa singular, como pelo facto de que se presume a culpa sem qualquer tipo de prova que a individualize. Para além disto, parece que são violados tanto o princípio da presunção de inocência como as bases do direito penal onde impera a culpa pessoal e a realidade-efetividade do facto punível.

Também a posição seguida por José Aniceto Piedade no seu voto de vencido parece não ir de encontro os princípios base do direito penal. O automatismo defendido por este na imputação do ilícito àqueles que são os gerentes de direito, sem qualquer necessidade de verificação da sua posição real no caso concreto, baseado no facto de que da sua posição advém uma responsabilidade de controlo da pessoa coletiva, parece deixar de lado a complexidade que caracteriza a imputação do facto tanto aos gerentes como à pessoa coletiva, procurando assim uma solução mais simples e automática mas que acaba por colidir com os princípios da culpa individual e da realidade-efetividade do facto que vai ser imputado. Não se nega que surjam responsabilidades na esfera jurídica do gerente de direito, mas tal responsabilidade já é consagrada relativamente a outras matérias (como é o caso do art. 24.º da Lei Geral Tributária), não se devendo então confundir com a responsabilidade penal.

Assim, parece que a posição defendida pelo acórdão será, efetivamente, a mais correta. A exigência de prova de um comportamento voluntário e a prova da culpa individual de cada arguido são fundamentais e o facto de estarmos na área do direito penal das pessoas coletivas não faz com que cesse a obrigatoriedade de respeitar esses requisitos que o Direito Penal obriga que estejam verificados para que a uma pessoa (seja ela singular ou coletiva) possa ser imputada uma conduta ilícita típica e assim condenada. No entanto, sublinhe-se que mesmo a decisão do acórdão aparenta também algumas opções que talvez não sejam as melhores, nomeadamente a relativa à exclusão da responsabilidade penal da pessoa coletiva devido à exclusão da responsabilidade penal dos arguidos pessoas singulares, que parece apontar para uma visão que, como vimos, não será a mais correta.

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Jorge Coutinho de

2010 *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina.

Brito, Teresa Quintela de

2012 *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.

Cordeiro, António Menezes

2011 *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina.

Dias, Augusto Silva

2008 *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro (ambiente, consumo, genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora.

Engelhart, Marc

2010 *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA,* 2.ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

Lampe, Ernst-Joachim

1989 *Verantwortlichkeit und Recht,* Opladen: Westdeutscher Verlag.

1994 *Systemunrecht und Unrechtssysteme, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* Volume 106, N.º 4, janeiro de 1994, pp. 683-923.

Matta, Paulo Saragoça

2001 *O Artigo 12.º do Código Penal e a Responsabilidade dos "Quadros" das "Instituições"*, Coimbra: Coimbra Editora.

Pinto, Frederico da Costa

1998 "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", *Direito Penal Económico e Europeu. Textos doutrinários. Problemas gerais*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 225-228.

Prades Cutillas, Daniel

2009 "Administradores de hecho: tipologías no tan encubiertas", *Diario La Ley*, n.º 7168, 6 de maio de 2009, Ref. D-160, pp. 1-29.

Roxin, Klaus

2006 "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *Revista Penal*, n.º 18, julho de 2006,pp. 247-248.

Silva, Germano Marques da

2003 *Curso de Processo Penal*, 3.ª ed., II vol., Lisboa: Verbo Editora.

2009 *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa: Verbo Editora.

Sousa, Susana Aires de

2009 "A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial", M. Costa Andrade, M. J. Antunes & S. A. Sousa, (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1005-1038.