

DA NECESSIDADE DE CONSTRUIR UM “MODELO GERAL” DE RESPONSABILIDADE PENAL DOS ENTES COLECTIVOS NO DIREITO DE MACAU

Maria Leonor Machado Esteves

Professora ESTG do IPV

Investigadora do Centro Interdisciplinar de Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal

Resumo: *O dogma societas delinquere non potest foi, desde a década de 90, afastado no direito penal de Macau que, no Código Penal abre, ainda que a título excepcional e mediante consagração na lei, a possibilidade de responsabilizar criminalmente as pessoas colectivas que é expressamente prevista em diplomas avulsos nos crimes económicos, de emprego de imigrante ilegal, de branqueamento de capitais, de terrorismo, de tráfico de pessoas e contra a segurança do Estado. Urge, contudo, construir um modelo geral de responsabilidade a inserir na Parte Geral do Código Penal, vinculado às finalidades, função e limites do direito penal, em particular ao núcleo essencial de garantias que desenha os justos limites do poder punitivo, que possibilite a responsabilização e sanção penais aos entes colectivos pelos crimes definidos na Parte Especial susceptíveis de lhes ser imputados, assim se dando cumprimento às exigências de política criminal de prevenção e repressão do crime e de protecção dos bens jurídicos.*

Convidada a participar nesta Conferência, subordinada a um tema que entrecruza a reforma do sistema jurídico-penal de Macau com a protecção dos direitos fundamentais, convíte que muito me honra, escolhi tratar um problema cuja reflexão se me afigura premente, a “responsabilidade dos entes colectivos no direito penal de Macau”.

Esta escolha não significa que pretendo furtar-me à discussão do tema que

subjaz à Conferência – a protecção dos direitos fundamentais – muito ao contrário.

Durante o tempo em que exerci funções como jurista em Macau, mais de uma década, em particular, como docente nesta casa, cuidei de dar publico testemunho da minha profunda convicção, forjada pelo estudo, pela experiência e, em grande parte, pelos ensinamentos do meu mestre Figueiredo Dias, acerca do papel que cumpre ao direito penal representar na sociedade – a tutela subsidiária e fragmentária de bens jurídicos, valores humanos individuais e sociais, que se revela indispensável ao livre desenvolvimento da personalidade humana e á manutenção e desenvolvimento da sociedade de seres humanos, em condições suportáveis¹. O destino que cabe ao direito penal é o da busca incessante do equilíbrio entre as exigências de segurança impostas pela eficaz e eficiente protecção dos valores guindados à categoria de bens jurídico-penais e as exigências de justiça, em particular, aquelas que emergem do núcleo essencial que habita cada ser humano, a sua eminente dignidade e que devem ser entendidas como uma fronteira intransponível ao poder punitivo. A protecção dos direitos humanos fundamentais deverá cumprir-se *através*, mas também, *perante* o poder punitivo atribuído a um Estado ou a uma Região Administrativa Especial, como é o caso de Macau.

Eis a razão que me levou a convocar, neste fórum de discussão, a questão da responsabilidade penal dos entes colectivos, questão que, julgo, deverá ser reflectida à luz das finalidades, da função e dos limites do direito penal.

1 . Figueiredo Dias/Costa Andrade, *Direito Penal Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, FDUC, 1996, p. 63 e ss., Figueiredo Dias, in, *O Problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, Almedina, 1969, p. 78 e ss, “Os novos rumos de Política Criminal e o Direito Penal Português”, *ROA*, 1983, p. 15 e ss. Figueiredo Dias que vem reafirmando, incansavelmente, a importância da defesa dessa função do direito penal, a única que poderá legitimar o direito penal como ramo do direito através do qual se exerce o poder punitivo estadual, in “O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”, in, homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, também, in, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Ed., 2001, pp. 43 e ss, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Questões Fundamentais da Doutrina do Crime, 2ª ed., Coimbra Ed., 2007, pp. 114 e ss, e “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, in, *Direito Penal Secundário*, coor. Fábio d’Ávila/Paulo Vinicius de Souza, Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pp. 44-5. Em sentido aproximado, já, Eduardo Correia, *Direito Criminal* (com a colaboração de Figueiredo Dias), vol.I, Almedina, 1971, p. 277 e segs . Em sentido idêntico, Klaus Roxin, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, Traducción e notas de Luzón Penã, Garcia Conlledo, Javier Remesal, Civitas, 1999, p. 51 e ss. Também, Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1991, p. 51 e ss., e, ainda, “A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei nº 28/84 de 20 de Janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico””, in, *Direito Penal Económico*, Coimbra, 1985, rep., in, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. I, Problemas Gerais*, Coimbra Ed. p. 73 e ss, e Faria Costa, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 241 e ss, sobre a compreensão do “mínimo ético” à luz de uma “teoria do bem jurídico”, p. 316 e ss, particularmente, nota 80.

A construção do modelo de imputabilidade das pessoas colectivas, que, bem sabemos, obedece, hoje, a exigências de política criminal, terá que fazer-se, a meu ver, através de um cuidado desenho do modo ou modos de imputação objectiva e subjectiva mas, também, mediante o estabelecimento de critérios que determinem a necessária ligação entre o facto criminoso e a pessoa colectiva² que transporte consigo um juízo de censura ético-social³ e que torna, por isso, indispensável, a intervenção penal.

Tenha-se em atenção que o dogma *societas delinquere non potest* criado pelo Papa Inocêncio no século XIII e que influenciou, intermitentemente, o pensamento dogmático penal nos sistemas de matriz romano-germânica, até ao século XVIII⁴, altura em que ganhou novo fôlego com o redesenhar da teoria da *ficção* da personalidade jurídica e a construção de princípios identitários do direito penal liberal, o princípio da culpa, o princípio da pessoalidade das penas, foi, desde a década de 90, afastado no direito penal de Macau.

Se, por um lado, o Código Penal de Macau, entrado em vigor em Janeiro de 1996, no artigo 10º, abre, ainda que a título excepcional e mediante expressa consagração na lei, a possibilidade de responsabilizar criminalmente as pessoas colectivas, por outro, a Lei nº 6/96/M, de 15 de Julho, prevê, nos artigos 3º e 9º e ss, a responsabilização e punição das pessoas colectivas pela prática de infracções contra a saúde pública e contra a economia, enquanto que a Lei nº 6/97/M, de 30 de Julho (Criminalidade Organizada), estabelece, no artigo 14º, a responsabilidade das pessoas colectivas pelo crime de “branqueamento de capitais”, tal como vinha definido no artigo 10º do mesmo diploma⁵.

São conhecidas as razões que conduziram àquelas soluções normativas,

-
- 2 Neste sentido, J-L. De La Cuesta, “Responsabilidad Penal de las Personas Juridicas en el Derecho Español”, in *Revue électronique de l’AIDP*, 2011, A-05, pp. 8-9.
 - 3 A doutrina alemã dominante, mas, também, boa parte da doutrina espanhola, posicionava-se, manifestamente, durante o século XX, contra a possibilidade de a pessoa colectiva suportar um juízo de reprovação ético-social, dirigido apenas a pessoas individuais, uma vez que este se funda na capacidade de acção e de vontade que falece, *por natureza*, aos entes colectivos (Maurach, Jescheck, Muñoz Conde)
 - 4 Sobre a história do conceito “responsabilidade das pessoas colectivas” veja-se, Silvina Bacigalupo Saggesse, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998. Com interesse, também, os trabalhos pioneiros, em Portugal, de M. A. Lopes Rocha, “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – novas perspectivas”, in, CEJ, Coimbra, 1985, pp. 109 e ss. e João Castro e Sousa, *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado “Direito de mera ordenação social”*, Coimbra Ed., 1985, pp. 23 a 82.
 - 5 As normas integrantes destes artigos viriam a ser revogadas pela Lei nº 2/2006.

acompanhando o requisitório vazado em instrumentos internacionais⁶ não imunes à fortíssima corrente de pensamento jurídico americano⁷ e que não deixou de influenciar análogas soluções em Portugal e na Holanda, cujo direito trilhava, então, caminho em direcção ao reconhecimento, ainda que contido, do que desde o século XIX, o direito anglo-americano conhecia como “*corporate criminal liability*”.

A sentida necessidade de usar mecanismos penais para prevenir e reprimir condutas lesivas de interesses “vitais económico-sociais” que ameaçavam gravemente a própria ordem económica, no seu conjunto, e, em particular, uma determinada estabilidade no tráfego económico-jurídico⁸, levada em conta a dimensão e impacto estratégico dos danos, o seu carácter reiterado ou serial⁹ com o concomitante perigo de contaminação, e, mesmo de racionalização de processos manifestamente anti-económicos¹⁰, conduziu, a seguir, ao reconhecimento da indispensabilidade de adoptar mecanismos de responsabilização dos agentes

6 Vejam-se a resolução do Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e Tratamento dos seus Autores, de 1985, que apela aos Estados para tomarem medidas relativas à responsabilização penal dos entes colectivos, nomeadamente, das empresas, in A/RES/40/32, *Guiding Principles for Crime Prevention and Criminal Justice in the Context of Development and a New International Criminal Order*, 29/11/1985; a Recomendação (88) 18 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, relativa à responsabilização das pessoas colectivas por ilícitos cometidos no exercício das suas actividades. Também, o artigo 14º do *Corpus Juris*, Projecto de Florença, a Acção Comum da União Europeia de Fevereiro de 1997 respeitante à cooperação judiciária onde se afirma a necessidade de responsabilizar a pessoa colectiva, não só, administrativamente como penalmente. Sobre Direito Europeu, nesta matéria, veja-se, Antonio Roma Valdés, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Rasche, Madrid, 2012, pp. 20 a 27.

7 Sobre a influência do sistema jurídico americano na construção do modelo de responsabilização das pessoas colectivas, que, tal como a criminalização de condutas, como o branqueamento de capitais, a instituição do *corporate government* traz consigo a intenção de limitar ou minimizar o enorme poder das grandes empresas e constitui um elemento, importante, da criação de um sistema global de prevenção, organização e controlo da actividade económico-financeira “*global governance*”, A. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, também, “La responsabilidad de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”, in, <http://portal.uclm.es> e, ainda, “Americanización o europeización del derecho económico?”, in *Revista Penal*, vol. 19, Jenero, 2007.

8 Veja-se o entendimento de Eb. Schmitt (e de Tiedemann), convocado por Costa Andrade, in, “A nova lei dos crimes contra a economia ...”, *ob. cit.*. Veja-se, em particular, Klaus Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

9 Assim, Faria Costa, *Direito Penal Económico*, Quarteto, 2003, pp. 55 e 58.

10 Neste sentido, já, Eduardo Correia, “Notas Críticas à Penalização das actividades económicas”, in *Direito Penal Económico*, Ciclo de Estudos, CEJ, 1985, p. 15.

económicos colectivos.

Na verdade, a pessoa colectiva, especialmente a *empresa*, um verdadeiro *centro de poder*, surge como uma estrutura “susceptível de gerar ou favorecer” a prática de crimes económicos¹¹, isto é, condutas que ofendem ou que fazem perigar aqueles valores económico-sociais, supra-individuais, que integram a ordem ético-social comunitária e, por essa razão, carecem de tutela penal¹². A empresa, nesta medida, apresenta-se, tal como o sujeito individual, como “um centro gerador de imputação penal”¹³.

A potencialidade das organizações para a prática de condutas criminosas e não, apenas, de crimes económicos, é, aliás, reconhecida, de há muito.

A instrumentalização das estruturas organizatórias e dos elementos, humanos e materiais, que as integram, outorga eficácia à realização de condutas ilícitas, ao mesmo tempo que coloca obstáculos à sua detecção e investigação. Tomem-se em conta os “processos dinâmicos e complexos de actuação” e a “difusa impessoalidade”¹⁴ que contribui para a opacidade da actuação dos entes colectivos¹⁵. Com efeito, as estruturas das empresas, agrupamentos ou associações, caracterizadas pela complexidade e sofisticação, revelam um elevado grau de impenetrabilidade. Aí se desenvolvem processos de decisão no âmbito de intrincadas hierarquias que dificultam, especialmente, a tarefa de identificar o responsável ou responsáveis¹⁶ pela prática de ilícitos, o que pode determinar uma insuportável impunidade.

E, em determinados casos, a estrutura da empresa ou da organização é a estrutura nuclear escolhida, intencionalmente, para a realização de crimes, desvelando a existência de uma verdadeira “organização criminosa”.

11 Faria Costa, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, in, *Direito Penal Económico e Europeu* Ob. cit. p. 505.

12 Figueiredo Dias, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, ob. cit. pp. 47 a 50.

13 Ibidem, p. 505; também, Faria Costa, ob. cit.

14 Faria Costa/Costa Andrade, “Sobre a concepção e os princípios do Direito penal Económico”, in, *Direito Penal Económico*, cit., p. 357 e ss.

15 Opacidade ou falta de visibilidade “também, face à investigação criminal”, como afirma Carlos Adérito Teixeira, “A pessoa colectiva como sujeito processual”,, p. 2. Em sentido idêntico, Mário Pedro Meireles, que qualifica a empresa como “realidade que encontra na sua complexa estrutura o escudo de protecção para a actuação criminosa”, in “Sanções das (e) para as Pessoas Colectivas”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, 10, 2000, p. 515.

16 Assim, Figueiredo Dias, *Direito penal, Parte Geral*, ob. cit., pp. 296-7

No ano de 1919, o Tribunal Militar Especial turco, em audiência realizada em Istambul, qualifica como “organização criminosa” a Organização Especial para-militar, criada com a finalidade de concretizar o plano para exterminar a minoria arménia a residir no território otomano. O Tribunal não aprecia a responsabilidade penal da dita Organização, contudo, condena os governantes Nazim e Sakir, de entre outros, pelo crime de criação da mesma, bem como pelos homicídios, violações, fogos postos e apropriação de bens dos arménios, levados a cabo pelos seus membros, de acordo com o C. Penal turco¹⁷.

A responsabilidade penal colectiva foi, no período entre-guerras, objecto de uma circumscripção doutrinal na Europa, sobretudo na Alemanha, que não produziu resultados normativos, muito embora, seja de referir a Proposta de um Código Penal Internacional efectuada, em Bruxelas, no verão de 1926, no seio do Congresso de Direito Internacional Penal e destinada a ser apresentada, dois anos depois, ao Congresso, em Viena, a fim de ser submetida à Sociedade das Nações, onde se contempla a responsabilidade do Estado por crimes internacionais¹⁸.

Tema perturbante, este, a aplicação de sanções penais à pessoa colectiva Estado, que socava o entendimento tradicional do conceito de soberania e que, por essa razão, não obteve eco, suficientemente audível.

Não deve estranhar-se, por isso, que o Tribunal Internacional de Nuremberga, reconhecendo a existência de “organizações criminosas”¹⁹ ligadas ao Estado nacional-socialista alemão, tenha decidido afastar a responsabilização colectiva e optado por julgar e condenar individualmente os membros, pelo crime de associação criminosa e os que lhe prestaram auxílio, pela realização do crime na forma de cumplicidade²⁰. Dificuldades relacionadas com a densificação do conceito de empresa enquanto “organização criminosa” e a inexistência de suporte normativo para a responsabilização das pessoas colectivas, fundamentam a decisão do Tribunal Militar americano constituído após a ocupação, de isentar de responsabilidade as empresas alemãs Krupp e Farben²¹, que beneficiaram com

17 Veja-se, por todos, V. Dadrian, *The History of the Armenian Genocide, Ethnic Conflict from the Balkans to Anatolia to the Caucasus*, Third, Revised Ed., Oxford, 1995, pp. 317 e ss.

18 Veja-se, Albert Levitt, “A proposed Code of International Criminal law”, in, *Revue Internationale de Droit Pénal*, n° 5, 1929, , em particular, os artigos 2º e 6º, pp. 18 e ss.

19 Veja-se o artigo 9º dos Estatutos do referenciado Tribunal.

20 Nos termos do artigo 10º do mesmo Estatuto. Veja-se, Cherif Bassiouni, *The Source and Content of International Criminal Law. A Theoretical Framework*”, in *International Criminal Law*, vol. I, 1998, também, S. Boiffror/C. Derycke, “Les Organisations Criminelles”, in *Droit International Pénal*, Dir. H. Ascensio/E. Decaux/A. Pellet, Cedim, Paris X, Ed. A. Pedone, 2000, pp. 167 e ss.

21 Esta localizava os seus centros de produção na proximidade e, até, no interior dos campos de concentração. Veja-se, N. Castell/C. Derycke, “Les entreprises”, in *Droit International Pénal*, ob. cit. pp. 155 e ss.

os ilícitos perpetrados durante a guerra, utilizando mão de obra, em condições análogas às da escravatura.

De todo o modo, na sociedade contemporânea, caracterizada pela economia globalizada, pela crescente facilidade do uso dos meios de informação e comunicação, em que avulta a alta tecnologia, tudo vocacionado para a transnacionalidade, pelo avanço do que se denomina a “tecnociência” reconhece-se, simultaneamente aos benefícios daí decorrentes, o surgimento de mais sofisticadas e perigosas oportunidades de lesão de valores individuais, bem como a renovada capacidade de criação de sérias ameaças a valores comunitários, de cuja existência íntegra depende a própria existência da sociedade humana. Vem-se falando, a este propósito, em aumento exponencial de *condutas de risco* para interesses socialmente relevantes, abrangendo, neste domínio, as práticas que atacam o ambiente e ameaçam o eco-sistema, bem como as que aproveitam a falta de regulação dos mercados e das transacções especulativas, já de si altamente voláteis, onde o capital, com estatuto de *global player* exige a liberalização máxima, com vista à maximização do lucro²². Na última década, os processos de manipulação genética, que não se confina, apenas, a seres vegetais e abrange todos os seres vivos, inclusive o homem, encaminham-se para o uso dos conhecimentos e possibilidades das emergentes nanotecnologia molecular e inteligência artificial, criando condições de lesão das condições de vida humana, que, certamente, nem o próprio Ulrich Beck previa, quando criou o conceito de *sociedade do risco*²³.

Ora, os entes colectivos, como verdadeiras estruturas de poder, com capacidade para a apropriação dos conhecimentos da ciência e da técnica, encontram-se em condições privilegiadas para a realização de condutas gravemente danosas ou perigosas para valores humanos individuais ou colectivos. Compreende-se, facilmente, que crimes como a fraude financeira, a falência dolosa²⁴, os ilícitos tributários e fiscais, as ofensas à propriedade industrial, o branqueamento de capitais, o financiamento ao terrorismo, a corrupção activa, os crimes informáticos, encontrem, no ente colectivo, sobretudo na empresa, condições favoráveis à sua perpetração. Mas, também, os tráficos ilícitos, o tráfico de droga, o tráfico de pessoas, de armas e de órgãos, a produção e distribuição de

22 Veja-se, Maria Leonor Esteves (Assunção), “Medidas de “combate aos Paraísos Fiscais numa economia globalizada subordinada ao dogma liberal – um paradoxo incurável?”, *Revista do Ministério Público*, Ano 30, nº 120, 2009, pp. 101 a 144.

23 *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986, e, em recente edição espanhola, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Ed. Paidós, 2006.

24 Veja-se, Pedro Caeiro, Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais. O património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela, *Studia Iuridica*, Coimbra Ed., 1996, p. 315.

bens alimentares transgénicos que ameaçam a integridade física ou a saúde, ou de outros produtos perigosos para a vida, a saúde pública ou o ambiente.

Não merece, de resto, contestação a convicção manifestada pela doutrina – as condutas que cabem no âmbito do que se denomina “responsabilidade penal pelo produto” são concretizadas, regra geral, no âmbito da actividade empresarial²⁵.

Ora, perante a nova fenomenologia criminosa, centrada nos, ou desenvolvida através dos, entes colectivos, não parece restar outro caminho ao direito penal senão enfrentar o problema e reconhecer, ainda que a custo, que o sistema penal clássico ancorado em conceitos, como o da causalidade, o da culpa individual, o da pessoalidade da pena, nas suas formas puras, se encontra a braços com as maiores dificuldades na construção duma resposta eficaz e justa às exigências de política criminal que impõem a prevenção e repressão dessas contemporâneas formas de lesão ou de perigo para valores jurídico-penais²⁶.

O que fazer?

Seguindo o entendimento de Figueiredo Dias, julgamos que não seria defensável, nem ético-socialmente, nem no plano interno do sistema penal, fazer responder o ente colectivo, tão somente, no âmbito do direito administrativo contraordenacional, por condutas que ofendem bens jurídico-penais e a que correspondem penas se, acaso, forem perpetradas por sujeitos individuais, com fundamento num “preconceito dogmático”²⁷.

Por conseguinte, do que se trata, é de efectuar a única reflexão que se impõe e que visa buscar um novo caminho que permita a adaptação do sistema à realidade actual, ou, se se quiser, que possibilite a regeneração do sistema de modo a dar resposta aos problemas que hoje lhe são colocados. Novos problemas requerem novas soluções. Mas, soluções que deverão ser encontradas dentro e

25 Veja-se, E.O. de Toledo y Ubieto, “Repercusión de la “responsabilidad penal por el producto” en los principios garantizadores y la dogmática penales”, in *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Quaernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pp. 111 a 180, em particular, pp. 149 e ss. Para uma discussão alargada sobre a matéria, a obra colectiva, coord. Mir Puig/Luzón Peña, *Responsabilidad penal de las empresas y sus organos y responsabilidad por el producto*, 1996.

26 Assim, também, Zugaldia Espinar, J.M., in, *La Responsabilidad Penal de Empresas, Fundaciones y Asociaciones, Presupuestos Sustantivos y Procesales*, Tirant Lo Blanch, Valência, 2008, pp. 45 e ss e 105 e ss.

27 Figueiredo Dias, “Para uma dogmática”, ob. cit. p. 62.

não fora, do sistema penal²⁸, referidas, ainda, ao núcleo essencial de garantias que desenha os justos limites ao poder punitivo. Razão pela qual entendemos que deve ser afastada a ideia da criação de um Direito de intervenção (Hassemer) ou de “fronteira”, menos garantístico e que, de entre outros problemas, se ocuparia do tratamento da responsabilidade das pessoas colectivas.

A responsabilidade das pessoas colectivas demanda, a construção de um “novo” modelo sistemático, um “novo” paradigma²⁹ que, sem renunciar ao essencial dos princípios fundamentais, possa adequar-se aos contemporâneos imperativos político criminais.

Entre os finais do século XX e o dealbar do século XXI, tem, alguma parte da doutrina penal europeia³⁰, procurado encontrar o necessário apoio dogmático à aplicação de sanções de natureza penal às pessoas colectivas, que nos EUA e na Inglaterra, embora de distinta maneira³¹, se fundamenta, desde há mais de

28 Neste preciso sentido, Zugaldia Espinar, J. M., “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)”, in *Hacia un Derecho Penal económico Europeo*, Madrid, 1995; também, *La Responsabilidad Penal de Empresas Fundaciones y Asociaciones*, ob. cit. pp. 85-86; em sentido aproximado, J.L. de la Cuesta Arzamendi, “Personas Jurídicas, Consequências Accesorias y Responsabilidad Penal, in *Homenaje a Marino Barbero Santos*, I, UCLM-USAL, Cuenca, 2001, pp. 968 a 991, em especial, p. 990. Cfr. com M. Bajo Fernández, “La responsabilidad penal colectiva”, in, *Nuevas posiciones de la dogmática penal*, ob. cit., pp. 35 a 91.

29 A necessidade de uma “dogmática alternativa” (e as suas dificuldades) pode ver-se em Jorge dos Reis Bravo, “Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos), in, *RPCC*, nº2, 2003, pp. 207 e ss.

30 Uma análise sobre as diversas teses doutrinárias pode ver-se, in, Nieto Martin, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., também, Silva Sanchez, “La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal de las personas jurídicas”, in, *Derecho Penal y Criminología*, vol 29, 2008, pp. 129 e ss; ainda, M. Bajo Fernández, “La responsabilidad penal colectiva”, ob. cit.

31 O “modelo” americano corresponde ao brocardo “*respondeat superior*”, isto é, a empresa responde pela conduta ilícita de qualquer agente que tenha actuado no domínio da realização dos

100 anos, na transferência de responsabilidade pela actuação culposa de uma pessoa física, no âmbito das finalidades próprias do ente colectivo (modelo de responsabilidade reflexa).

Análogo sistema de hetero-responsabilidade apoiado no *facto de conexão* julgamos desvelar nas teses de alguns autores como Tiedemann, Stratenwerth, Hirsh³², e, em certa medida, Jakobs³³, Pradel³⁴, Zugaldia Espinar e Bacigalupo Sagesse³⁵, também, Figueiredo Dias e Faria Costa³⁶. O ente colectivo é responsável quando um dos seus órgãos cometeu o facto ilícito actuando em seu nome e no seu interesse.

Ora, de entre estes Autores, há quem procure salvar o princípio da culpa, como necessário fundamento e limite da sanção penal, como Tiedemann que apela a um conceito de culpa jurídico-social que reflecte um “defeito de organização” – incumprimento dos deveres de cuidado e de garantia que preveniam a prática de ilícitos – ou como Jakobs que funda a culpa do ente colectivo na “liberdade de se auto-administrar”, renunciando aos conceitos de acção causal ou finalística e de culpa como avaliação bio-psicológica, enquanto Hirsh postula uma culpa ético-social e Figueiredo Dias propõe um modelo *analógico* na construção da culpa colectiva. Bacigalupo Sagesse, porém, ao postular a redefinição do conceito de sujeito ou agente em direito criminal que permita a imputação do resultado socialmente danoso e a correspondente pena à pessoa colectiva, como “centro de comunicação”, vincula a aplicação da sanção penal à necessidade de cumprir

objectivos da empresa e com o fim de a beneficiar (modelo de vicariato). Já o sistema inglês, faz depender, a aplicação da sanção penal à empresa, da prática do ilícito por um responsável (um dos *cérebros*) da empresa, ou da tolerância deste relativamente ao ilícito (*teoria da identificação*), muito embora se comece a admitir a responsabilidade pelo não exercício ou pelo deficiente exercício dos poderes de vigilância e controlo. Veja-se, Célia Wells, “Criminal responsibility of Legal persons in Common Law Jurisdictions”, *Working Group on Bribery in International Business transactions, Paper prepared for OECD Anti-corruption Unit*, Paris, 2000, , , também, Nieto Martín, obs. cit.

32 Veja-se, Klaus Tiedemann, “Responsabilidad penal de personas jurídicas, outras agrupaciones y empresas en Derecho Comparado”, in, *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Coord. Gómez-Colomer/Gonzalez-Cussac, 1997, pp. 36 e ss.; Para uma análise crítica às teses de Startenwerth e Hirsh, M. Bajo Fernandez, ob. cit.

33 Veja-se, “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos”, in *Responsabilidad penal de las empresas y sus organos y responsabilidad por el producto*, ob. cit. pp. 75 e ss.

34 “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês: ensaio de resposta a algumas questões chave”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 6, n° 24, 1998, pp. 51 a 63.

35 Vejam-se, obras citadas.

36 Vejam-se, obras citadas.

as exigências de prevenção geral positiva - de *restabelecer a vigência da ordem jurídica* - e, neste sentido, aproxima-se das teses de Stratenwerth e de Shünemann³⁷ que abandonam a ideia de culpa, substituindo-a por exigências preventivas de protecção de bens jurídicos, as quais, em última instância, tornam legítimo a imposição de sanções penais à pessoa colectiva³⁸.

Outros autores prosseguem a tarefa de fundamentar uma ideia de auto-responsabilidade do ente colectivo que, para além do mais, permita superar as dificuldades resultantes do princípio *ne bis in idem*. O ilícito terá de ser entendido como “um facto próprio da pessoa colectiva” o qual, segundo a proposta de Gómez-Jara, se funda na “configuração normativa do seu próprio âmbito de organização”³⁹. Retoma-se, por aqui, o conceito de “defeito de organização”, aponta-se para a “cultura empresarial defeituosa” que tolera e, por isso estimula a prática de ilícitos⁴⁰ ou põe-se em realce “o não terem sido implantadas as medidas organizatórias razoáveis e indispensáveis para impedir a prática da infracção”⁴¹, ou, ainda, “a carência de concretização de uma ética empresarial entendida como defeito permanente de organização”⁴². Teses que, não obstante, apresentam dificuldades, na medida em que, se por um lado não dispensam a prática do facto ilícito-típico por uma pessoa física, actuando no âmbito do ente colectivo, (que não será defensável considerar como mera condição objectiva de punibilidade) por outro, dificilmente justificam, dogmaticamente, a imputação ao ente colectivo do facto ilícito, a título doloso⁴³.

37 B. Shünemann, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, in *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en Honor del Professor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 579 e ss.

38 Com fundamento análogo ao da aplicação de sanções penais a inimputáveis.

39 O Autor propõe uma “*culpa construtivista*” suportada pela empresa enquanto sistema auto-referencial, autónomo e com determinada complexidade. Veja-se, “Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas”, *Quadernos de Política Criminal*, 2º época, nº 88, pp. 119 e ss e “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, pp. 1 a 27.

40 Esta tese encontra-se plasmada no Código Penal australiano.

41 Assim, a norma que define a responsabilidade das pessoas colectivas no direito penal suíço.

42 Veja-se, Nieto Martín, obs. cit. Não isenta de dificuldades mas, interessante, a tese de J. Braithwaite a que o Autor alude, fundada na atribuição à pessoa colectiva de uma culpa “reactiva”, avaliada posteriormente à prática do crime e que toma em atenção a atitude do ente colectivo perante o sistema judicial e perante os eventuais ofendidos.

43 É, justamente, o obstáculo, aparentemente insuperável, que apresenta a proposta doutrinal de Heine. Com interesse, o trabalho de Teresa Quintela de Brito, “Responsabilidade criminal de

As soluções normativas para a responsabilidade penal das pessoas colectivas, actualmente vigente em Macau, circunscrevem-se a determinados ilícitos, a saber, crimes contra a saúde pública e a economia⁴⁴, crime de emprego de imigrante ilegal⁴⁵, crimes de branqueamento de capitais e de terrorismo⁴⁶, crime de tráfico de pessoas⁴⁷, crimes contra a segurança do Estado⁴⁸ e crimes informáticos⁴⁹. E dizemos soluções porque são, realmente, distintas as soluções, como distintos são os modelos de imputação previstos nos diplomas legais onde se definem aqueles crimes, muito embora todos se inscrevam no modelo de responsabilidade reflexa, dado exigirem um elemento de conexão com a prática do facto por uma pessoa, agindo em representação e no interesse do ente colectivo.

Julgamos que o modelo vertido nas Leis nº2/2006 e nº3/2006, relativas aos crimes de branqueamento e terrorismo, respectivamente, seguido nas Leis nº 6/2008 e 11/2009, relativas ao tráfico de pessoas e ao *cibercrime*, respectivamente, e, com as necessárias adaptações, na Lei nº2/2009 relativa aos crimes contra a segurança do Estado, representa um esforço, sério, para resolver as principais dificuldades dogmáticas, bem como os problemas colocados no domínio do sistema sancionatório.

Exige-se, por um lado, um elemento essencial de conexão entre o ente colectivo e o crime (*o crime deve ser cometido em seu nome e no interesse colectivo*) e, por outro, a verificação de um especial vínculo entre a pessoa física, agente do crime, e o ente colectivo (*o crime deve ser cometido por um seu órgão ou representante, ou por uma pessoa sob a autoridade destes*). Com excepção dos crimes contra a segurança do Estado, estende-se a punição aos casos em que houve violação dolosa, ainda que com dolo eventual, do dever de vigilância ou controlo por parte dos órgãos e representantes sobre terceiros sob a sua autoridade, quando

entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código penal”, in *RPCC*, nº 20, 2010, pp. 41 e ss. A Autora, louvando-se da tese de Augusto Silva Dias, que radica a responsabilidade colectiva no “domínio da organização para a execução do crime” e “para a não execução do crime”, como “domínio social do facto”, procura superar as aporias no âmbito da imputação objectiva e, designadamente, da imputação subjectiva do facto típico ao ente colectivo, com vista a construir um modelo que respeite o “núcleo irredutível” de princípios penais, que, no seu entender, será indispensável (re)conformar.

44 Artigos 3º e 9º a 16º da lei nº6/96/M

45 Artigos 16º e 26B da Lei nº6/2004

46 Artigo 5º da lei nº2/2006 e artigo 10º da lei nº3/2006.

47 Artigo 5º da lei nº6/2008

48 Artigo 8º da Lei nº 2/2009.

49 Artigo 13º da lei nº11/2009

esse incumprimento do dever de vigilância tornou possível a prática do crime⁵⁰.

De enfatizar, que a pena de dissolução judicial só será aplicada nos casos mais graves em que se verifique a *intenção, exclusiva ou predominante de praticar o crime através do ente colectivo ou se prove que essa entidade está a ser usada, exclusiva ou predominantemente, para a prática criminosa, pelos membros ou por quem exerce a administração*.

Parece-nos, em conformidade, que o referido modelo de imputação, bem como o correspondente modelo sancionatório (de que não curaremos aqui), deverão constituir uma referência irrefragável para a reflexão que, julgamos, urge, efectuar com vista à construção do sistema de responsabilidade colectiva a inserir na Parte Geral do Código Penal de Macau⁵¹, que possibilite a responsabilização e sanção penais dos entes colectivos por aqueles crimes que vêm definidos na sua Parte Especial, susceptíveis de lhes ser imputados.

E, desta forma, se cumprirá, de modo mais eficaz, a função de protecção de bens jurídicos atribuída às sanções penais, como consta do artigo 40º do mesmo Código e, assim, se dará satisfação às exigências de política criminal de prevenção e repressão do crime.

Não se nos afigura tarefa fácil. Porém, sempre essa reflexão poderá beneficiar da informação disponível de Direito Comparado, em particular, as soluções normativas adoptadas no direito francês, italiano, português e espanhol, sem, todavia, descurar a crítica doutrinal⁵² que as acompanha.

O estudo de Direito Comparado poderá, ainda, abrir veredas ou, mesmo, caminhos, para o estudo e resolução de outros problemas que não deverão ser esquecidos, no domínio processual penal, relacionados, em particular, com o estatuto de arguido a outorgar ao ente colectivo que, em, Macau, tal como em Portugal, se revela indispensável enfrentar e solucionar⁵³.

A consagração da responsabilidade colectiva na lei penal é, actualmente, uma parte, importante, da exigência feita aos Estados e Regiões Administrativas Especiais, decorrente do princípio da solidariedade ou da responsabilidade partilhada na prevenção do crime global característico da nossa era que ameaça as

50 Cfr. com o modelo plasmado no artigo 9º do Modelo de Código Penal que circula nos EUA.

51 O Código Penal chinês de 1997, prevê, no artigo 30º a responsabilização penal das pessoas colectivas.

52 Veja-se, sobre a solução normativa portuguesa, Teresa Serra/Pedro Fernández Sanchez, “A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas – da inconstitucionalidade dos n.ºs 2 e 3 do artigo 11º do Código Penal”, in, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol IV, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Ed., 2010, pp. 65 e ss; também, Teresa Quintela de Brito, ob. cit.

53 Carlos Teixeira, ob. cit.

condições de vida e, muito em particular, as condições de vida humana no planeta.

Vêm, a propósito, as considerações feitas por André Macedo no Editorial do Jornal Económico português Dinheiro Vivo, em 17 de Novembro de 2012. No ano de 1989, o golfo do Alasca sofreu um gravíssimo derrame de petróleo decorrente do acidente do petroleiro Exxon Valdez. Seguem-se os acidentes com o Prestige, na costa da Galiza, em 2008 e o derrame no Golfo do México em 2010. Cada um destes acidentes traduz, não apenas a conduta, eventualmente negligente, de um ou mais funcionários das respectivas empresas petrolíferas mas, também, o “desinvestimento que os favoreceu”. No caso da Exxon, “nos anos que antecederam o desastre, a empresa havia reduzido para 80.000 os 182.000 empregados e despedido o chefe do departamento ambiental, apresentando um lucro anual, por empregado superior a todas as outras empresas americanas”.

Cabe-nos, a todos, juristas ou não, extrair daqui as indispensáveis conclusões.

Muito obrigada.