

**SOCIETAS PUBLICA (NON) DELINQUERE POTEST: REFLEXÕES SOBRE A
IRRESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
PORTUGUÊS**

Susana Maria Aires de Sousa

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Area temática: F) Sector Público

Palavras-chave: responsabilidade criminal dos entes públicos / responsabilidad
criminal de los entes públicos

SOCIETAS PUBLICA (NON) DELINQUERE POTEST: REFLEXÕES SOBRE A IRRESPONSABILIDADE DOS ENTES PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Resumo

Em 2007 introduziu-se no artigo 11.º do Código Penal portuguesa responsabilidade criminal das pessoas colectivas. O n.º 2 daquele artigo exceptua desta responsabilidade as pessoas colectivas públicas, em sentido contrário ao regime que vigora em ordenamentos jurídicos que reconhecem por princípio aquele tipo de responsabilidade. A definição legal de pessoa colectiva pública é demasiado ampla dando origem a vazios de punição e a privilégios injustificados. Da nossa perspectiva a exclusão da responsabilidade criminal não pode decorrer exclusivamente da forma jurídica adoptada ou da mera prerrogativa de praticar actos com poderes públicos, sob pena de uma ofensa insuportável ao princípio da igualdade.

Resumen

En 2007 se ha introducido en el artículo 11. del Código Penal Portugués la responsabilidad criminal de las personas colectivas. El n. 2 del artículo exceptua de tal responsabilidad las personas colectivas públicas, en sentido contrario al régimen que vigora en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que reconocen ese tipo de responsabilidad criminal colectiva. La definición de persona colectiva pública es demasiado amplia, originando espacios vacíos de punición e privilegios injustificados. En nuestra opinión, la exclusión de la responsabilidad criminal no puede ocurrir exclusivamente con base en la forma jurídica adoptada o en la prerrogativa de practicar actos con poderes públicos, pues se confirmará una insoportable ofensa del principio de la igualdad.

I. Introdução

O artigo 11.º do Código Penal (CP), no seu articulado único, dispunha, até à revisão preconizada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que somente as pessoas singulares eram susceptíveis de responsabilidade criminal, salvo disposição em contrário. O legislador admitia, ainda que excepcionalmente, por esta via, a possibilidade de um ente colectivo ser responsabilizado criminalmente. Tal possibilidade era concretizada através de legislação especial, fora do CP.

Ora, uma das mais importantes inovações da revisão do Código em 2007 consistiu na previsão da responsabilidade criminal das pessoas colectivas no âmbito do direito penal clássico. Assim, a par de alguns regimes especiais previstos em domínios específicos, como o domínio económico e fiscal, prevê-se também um regime geral de responsabilidade criminal dos entes colectivos. Com efeito, o n.º 2 do artigo 11.º prevê, ainda que a título excepcional, a responsabilidade das pessoas colectivas relativamente a um catálogo de crimes concretizados no n.º 2 daquele mesmo preceito. Este número e os seguintes procuram delimitar e concretizar o modo de imputação da responsabilidade criminal à pessoa colectiva. Todavia, uma análise deste novo regime revela algumas interrogações de difícil e complexa resposta. Entre essas questões destaca-se a exclusão da responsabilidade criminal das pessoas colectivas públicas, que se toma como questão principal desta conferência, não obstante uma possível discussão em torno de outras questões complexas que possa realizar-se no âmbito de um eventual debate.

Deste modo, este trabalho assume desde já uma natureza fragmentária: não tem por objecto a questão mais profunda e estruturante que envolve o princípio *societasdelinquere non potest*, isto é, não é seu propósito indagar do fundamento e legitimidade da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, antes esta responsabilidade, é assumida e pressuposta, desde logo porque mereceu já assumida consagração em diversas ordens jurídicas, em particular na lei portuguesa e muito recentemente na lei espanhola¹; antes se analisará a exclusão dos entes colectivos públicos, do seu fundamento e consequências.

Importa, no entanto, para tal, contextualizar o novo regime do Código Penal nos seus principais traços característicos de modo a distingui-lo dos regimes especiais e designadamente quanto à eventual responsabilidade dos entes colectivos.

¹ São já praticamente inabarcáveis os trabalhos de investigação centrados em volta da legitimidade da responsabilidade criminal das pessoas colectivas. Não podemos, no entanto, deixar de referir neste âmbito, pela sua importância e por constituir a base bibliográfica fundamental no estudo desta questão, o trabalho de BACIGALUPO, Silvina, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Barcelona: Bosch, 1998.

II. Âmbito de aplicação do artigo 11.º do CP

Até 2007 o instituto da responsabilidade criminal da pessoa colectiva manteve-se fora do Código Penal: no artigo 11.º deste diploma consagrava-se como regra a *individualidade* da responsabilidade criminal, admitindo, no entanto, ressalvas àquele princípio e legitimando, por essa via, a consagração do instituto fora do código. De facto, este tipo de responsabilidade não constitui novidade no ordenamento jurídico-penal português. Desde a década de 80 do século passado que, no âmbito do direito penal secundário, se prevê, em alguns diplomas, essa possibilidade. É assim no domínio dos crimes económicos e contra a saúde pública (previstos no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) ou nos crimes fiscais, previstos no Regime Geral das Infracções Tributárias (Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho) – foi, aliás, no domínio da criminalidade fiscal que o instituto da responsabilidade criminal da pessoa colectiva ganhou máxima relevância na prática jurisprudencial e administrativa. As pessoas colectivas respondiam ainda por crimes contra a propriedade industrial (previstos no Decreto de Lei n.º 36/2003, de 5 de Março), crimes previstos na Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto); crimes laborais previstos no Código do Trabalho (Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto); nos crimes previstos no Regime Jurídico das Armas e Munições (artigo 95.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro).

A revisão do Código Penal de 2007 introduz, pela primeira vez, a responsabilidade das pessoas colectivas no âmbito do direito penal clássico. Em causa estão crimes como: *Maus tratos* (artigo 152-A); *Violação das regras de segurança* (artigo 152.º-B); *Escravidão* (artigo 159.º); *Tráfico de pessoas* (artigo 160.º); alguns crimes de natureza sexual (artigos 163.º a 166.º, sendo a vítima menor, e artigos 168.º, 169.º, e 171.º a 176.º); crimes de *Burla* (artigos 217.º a 222.º); *Discriminação racial, religiosa ou sexual* (artigo 240.º); *Falsificação ou contrafacção de documento* (artigo 256.º); *Falsificação de notação técnica* (artigo 258.º); *Crimes de falsificação de moeda e alguns crimes de perigo comum* (artigos 262.º a 283.º e 285.º); *Associação criminosa* (artigo 299.º); *Tráfico de influências* (artigo 335.º); *Desobediência* (artigo 348.º); *Violação de imposições, proibições ou interdições* (artigo 353.º) *Suborno* (artigo 363.º); *Favorecimento pessoal* (artigo 367.º); *Branqueamento* (artigo 368-A) e *Corrupção* (artigos 372.º a 374.º)². Este catálogo de crimes eleito pelo

² O catálogo de crimes previsto no n.º 2 do artigo 11.º não coincide exactamente com o elenco de crimes descrito na Proposta de Lei n.º 98/X que esteve na base da Lei 59/2007, de 4 de Setembro. As diferenças entre a proposta de lei e a versão definitiva são, no entanto, mínimas e traduziram-se em acrescentar mais alguns crimes àquele catálogo, como é o caso dos crimes de burla (artigo 217.º), burla qualificada (artigo 218.º), burla relativa a seguros (artigo 219.º),

legislador de 2007 tem merecido a crítica de alguma doutrina: quer pela ausência de um critério racional que permita compreender a escolha de alguns crimes (como por exemplo os crimes sexuais), quer pela não inclusão de outros delitos, designadamente de natureza patrimonial, como o furto, o dano, o abuso de confiança, a usura ou a receptação³ ou mesmo de tipos fundamentais como o homicídio ou as ofensas à integridade física⁴.

Nem todas as pessoas colectivas são responsabilizadas por estes delitos. O legislador excluiu de responsabilidade o Estado, organizações internacionais de direito público e as pessoas colectivas públicas. Este regime excepcional mereceu desde cedo a crítica da doutrina. Germano Marques da Silva mostra a sua incompreensão quanto à exclusão de responsabilidade de sociedade comerciais privada como as concessionárias de serviços públicos⁵. Também Teresa Serra considera «surpreendente» a responsabilidade pela prática destes crimes estar apenas prevista para algumas pessoas colectivas e algumas empresas privadas. Nas palavras da autora, “num país em que o poder do Estado e do sector público tem um peso que é de todos conhecido, a solução agora vertida no artigo 11.º do Código Penal tem o condão de excluir da responsabilidade criminal milhares de pessoas colectivas públicas e de empresas públicas privadas, estas últimas na medida em que sejam concessionárias de serviços públicos ou recebam prerrogativas do poder público”⁶.

É justamente esta questão que se procurará desenvolver de seguida.

III. A irresponsabilidade das pessoas colectivas públicas

burla para a obtenção de alimentos, bebidas ou serviços (artigo 220.º) – na verdade, não se compreendia por que razão a Proposta abrangia somente os crimes de burla informática e nas comunicações (artigo 221.º) e de burla relativa a trabalho ou emprego (artigo 222.º) ficando excluídas todas as outras modalidades de Burla, incluindo o tipo matricial –, e ainda do crime de procriação artificial não consentida (artigo 168.º). Estas alterações têm a sua origem na discussão e votação na especialidade daquela Proposta como se poderá confirmar no *Diário da Assembleia da República* II, série A, n.º 109/X/2, de 12 Julho de 2007, p. 3. (disponível em www.parlamento.pt).

³ Neste sentido BRAVO, Jorge Reis, *Direito Penal dos Entes Colectivos, Direito Penal de Entes Colectivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 206.

⁴ Como sublinha SERRA, Teresa em artigo no jornal Expresso de 29 de Setembro de 2007, na Holanda, primeiro país da Europa continental a prever a responsabilidade criminal das pessoas colectivas, condenava-se em 1987 um hospital “por homicídio negligente depois de um paciente ter morrido durante uma operação em virtude da utilização de equipamento de anestesia ultrapassado, numa decisão que constituiu o primeiro caso de condenação de uma pessoa colectiva por homicídio” naquele país. Também BRITO, Teresa Quintela, considera a ausência do crime de homicídio daquele catálogo como “gritante e inexplicável”, cf. «Responsabilidade criminal dos entes colectivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal», *RPCC 20 (2010)*, p. 44.

⁵ Cf. «Responsabilidade penal das pessoas colectivas», Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro», *Jornadas sobre o Código Penal*, CEJ, 2007, p. 3 (disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/forma-continua-activid.php>).

⁶ In: *Expresso* de 29 de Setembro de 2007.

1. A disparidade entre o regime geral e os regimes especiais

A par do regime geral de responsabilidade criminal das pessoas colectivas previsto no CP (que, não obstante, é um regime excepcional de imputação criminal), persistem alguns regimes especiais já referidos: é o caso dos crimes económicos e contra a saúde pública; dos crimes tributários e dos crimes contra a propriedade industrial. As normas que pautam a responsabilidade das pessoas colectivas nestes domínios não foram tocadas pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro.

Mas se é assim, criou-se uma divisão no regime da responsabilidade das pessoas colectivas no âmbito do direito penal extravagante: cabe agora distinguir entre os entes colectivos que respondem nos termos do CP e entes da mesma natureza que respondem não nos termos deste diploma mas antes no quadro previsto em leis extravagantes. Poderia pensar-se, num primeiro momento, que se trata de um falso problema com relevância exclusivamente formal. Todavia, tal não é verdade. A relevância material ressalta imediatamente se tivermos presente que estes regimes ou modelos – geral e específicos ou especiais – de responsabilidade das pessoas colectivas divergem entre si.

Uma divergência imediata e evidente prende-se precisamente com as pessoas colectivas de direito público. Com efeito, o CP expressamente exclui, no seu n.º 2, o Estado, as pessoas colectivas públicas e as organizações internacionais de direito público, do domínio criminal.

Ora, o mesmo não acontece nos regimes especiais – crimes económicos, tributários e contra a propriedade industrial – onde não existe qualquer referência expressa a este regime excepcional de imputação penal das pessoas colectivas públicas. Qual a razão de ser desta discrepância que tem evidente relevância material? Porque razão não pode imputar-se um crime de burla nos termos do artigo 217.º do CP a uma entidade pública empresarial (11.º, n.º 3, al. a)) mas a mesma entidade já poderá responder por um crime de burla tributária, previsto no artigo 87.º do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT)? Compreende-se assim a crítica de Costa Andrade que considera extensa e generosa a definição de pessoa colectiva pública dada pelo n.º 3 do artigo 11.º, bem como propiciadora de disparidades entre o regime do Código Penal e os regimes especiais previstos em leis extravagantes: a título de exemplo, “um qualquer *concessionário de serviço público* pode perfeitamente ser punido por crime de *Burla tributária* (artigo 87.º do RGIT), mas já não poderá

responder pela figura homóloga do direito penal comum, a Burla prevista e punida nos termos do artigo 217.º do Código Penal”⁷.

Mais: em matéria de responsabilidade criminal das pessoas colectivas públicas qual é a regra geral e a excepcional? A este propósito Germano Marques da Silva tende a considerar como excepção o n.º 3 do artigo 11.º do Código Penal, isto é, excepcional é a exclusão da responsabilidade criminal das pessoas colectivas públicas. Justifica esta interpretação restritiva por entender que “para a generalidade da actuação das pessoas colectivas públicas não basta a fiscalização política; é muito mais transparente e eficaz a fiscalização judiciária”⁸. Julgamos que esta questão pressupõe uma reflexão sobre o fundamento da exclusão da responsabilidade criminal das pessoas colectivas públicas, questão que se analisa de seguida.

2. A exclusão da responsabilidade criminal e a sua falta de fundamento

Como já se referiu, o n.º 2 do artigo 11.º do CP excepciona de responsabilidade o Estado, outras pessoas colectivas públicas e organizações internacionais de direito público. No n.º 3 do mesmo artigo o legislador explicita as entidades abrangidas pela designação “pessoas colectivas públicas”. Entendem-se como tal: a) pessoas colectivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais; b) entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade; c) demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público.

Como já se analisou, esta inovação do legislador de 2007 afastou-se da legislação avulsa anterior que prevê a responsabilidade de pessoas colectivas sem qualquer regime de excepção. Torna-se pois necessário interpretar este regime excepcional, averiguando o seu sentido e a sua razão de ser.

Na procura desta explicação, são de pouco auxílio os trabalhos preparatórios da alteração do CP. Com efeito, na discussão parlamentar da Proposta de Lei n.º 98/X que procede à vigésima primeira alteração ao Código Penal⁹, o Ministro da Justiça limita-se a sublinhar como uma das principais orientações da revisão do Código Penal “a responsabilização, de forma geral, das pessoas colectivas”. Por outro lado, a previsão da responsabilidade das pessoas colectivas na proposta resulta, na sua origem (e com diversas alterações), da inclusão de um Projecto de Lei 239/X¹⁰, da

⁷ Cf. «“Bruscamente no Verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente», *RLJ* 137 (2008), p. 275.

⁸ Cf. «Responsabilidade penal das pessoas colectivas...», *op. cit.*, p. 4.

⁹ *DAR* I série, n.º 51, de 22 de Fevereiro de 2007, p. 27-44.

¹⁰ Publicado no *DAR* II série A, n.º 100, de 6 de Abril de 2006.

iniciativa do grupo parlamentar do PSD, que não faz referência a qualquer regime excepcional das pessoas colectivas públicas.

Do ponto de vista doutrinal, este regime excepcional, não obstante a sua precoce vigência, suscitou já a crítica de alguns juristas. Referindo-se às consequências negativas resultantes do regime legal, Teresa Serra considera que “num país em que o poder do Estado e do sector público tem um peso que é de todos conhecido, a solução agora vertida no artigo 11.º do Código Penal tem o condão de excluir da responsabilidade criminal milhares de pessoas colectivas públicas e de empresas públicas privadas, estas últimas na medida em que sejam concessionárias de serviços públicos ou recebam prerrogativas do poder público”¹¹.

De facto este regime de exclusão é algo contrário ao regime vigente nos ordenamentos jurídicos que reconhecem por princípio a responsabilidade da pessoa colectiva. É assim, por exemplo, na Holanda, o primeiro país continental a introduzir a responsabilidade criminal das pessoas colectivas no Código Penal, onde se admite amplamente a responsabilidade penal das pessoas colectivas de direito público¹². Também em França, onde não obstante se entender que o Estado não pode ser responsabilizado penalmente por a ele pertencer o *ius puniendi*, se afirma a responsabilidade criminal das pessoas colectivas de direito público¹³. Os principais argumentos invocados no sentido da punição das pessoas colectivas públicas são, por um lado, de natureza dogmática assentes na sua capacidade de delinquir e de formular uma vontade unitária; por outro lado de natureza político-criminal e criminológica ao acentuar-se não só a capacidade de decisão como a influência e poder que as pessoas colectivas públicas têm em áreas tão fulcrais como a saúde pública, o meio ambiente, a economia, entre outras¹⁴.

¹¹ *In*: Expresso de 29 de Setembro de 2007.

¹² Para maiores desenvolvimentos, BANDEIRA, Gonçalo Melo, *Responsabilidade Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 274.

¹³ Veja-se BOULOC, Bernard, «La responsabilité pénale des entreprises en droit français», *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 46 (1994), p. 673. Para uma análise de direito comparado sobre a responsabilidade das pessoas colectivas veja-se BANDEIRA, Gonçalo Melo, *Responsabilidade Penal...*, *op. cit.*, p. 239 e ss. O artigo 121-2 do Code Penal tem o seguinte conteúdo:

Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3.

¹⁴ Veja-se mais desenvolvimente BACIGALUPO, Silvina, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, *op. cit.*, p. 372.

Este regime excepcional de não imputação penal às pessoas colectivas públicas, previsto no Código Penal, poderá ter alguma inspiração nas fontes de direito comunitário. Com efeito, a excepção da responsabilidade criminal do Estado, das pessoas colectivas actuando no exercício dos seus “poderes de soberania” (*acting in the exercise of their sovereign rights*) e organizações internacionais públicas tem vindo a consagrar-se como um princípio fundamental em várias normas de direito comunitário: artigo 1 (d) do Segundo Protocolo à Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das CE; o artigo 1 da Decisão-Quadro 2000/383/JHA; o artigo 1 (b) da Decisão-Quadro 2001/413/JHA; o artigo 4, n.º 4, da Decisão-Quadro 2002/629/JHA; o artigo 1 da Decisão-Quadro 2003/80/JHA; o artigo 1 da Decisão-Quadro 2003/568/JHA; o artigo 1 (d) da Decisão-Quadro 2004/68/JHA; o artigo 1, n.º 3, da Decisão-Quadro 2004/757/JHA; o artigo 1 (c) da Decisão-Quadro 2005/222/JHA; e o artigo 1 (d) da Convenção criminal contra a corrupção do Conselho da Europa¹⁵.

O direito comunitário faz assentar o critério de exclusão de responsabilidade no exercício de poderes de soberania por parte do Estado ou de outros entes públicos. Tal significa, como refere Paulo Pinto de Albuquerque que, segundo o direito comunitário, as empresas públicas e quaisquer outras pessoas colectivas de direito público e as entidades concessionárias de serviços públicos devem responder criminalmente pelas infracções que cometam, sempre que tenham agido sem prerrogativas de poder público. Outra conclusão esbarra com o carácter restritivo da excepção ao princípio da responsabilidade consagrado nos textos internacionais já referidos.

Todavia, não nos parece que tenha sido este o caminho seguido pelo legislador português no artigo 11.º do Código Penal que, após excluir do âmbito da responsabilidade criminal, no n.º 2 do artigo, o Estado, outras pessoas colectivas públicas e organizações internacionais de direito público, concretiza, no n.º 3 do mesmo preceito, o que deve entender-se para efeitos da lei penal por pessoas colectivas públicas: pessoas colectivas de direito público, nas quais se incluem entidades públicas empresariais; entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade; demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público.

Incluir no texto legal a definição de pessoa colectiva pública seria em princípio de aplaudir dada a dificuldade que a definição deste conceito coloca à doutrina

¹⁵ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66 (2006), p.641 (também disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=50874&ids=50879&ida=50919). Também MEIRELES, Mário Pedro Seixas, *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 18, nota 10.

administrativa e constitucional. Com efeito, uma das grandes questões discutidas no âmbito doutrinal continua a ser a distinção entre pessoas colectivas públicas e pessoas colectivas privadas. Muito se escreveu sobre esta questão e vários foram os critérios de distinção propostos na doutrina, quer nacional que estrangeira: a iniciativa da sua criação (são públicas as pessoas colectivas criadas por acto do Estado); o fim prosseguido (são públicas as pessoas colectivas que têm por finalidade satisfazer interesses públicos); exercício ou não de poderes exorbitantes (são públicas as pessoas colectivas dotadas de poder de autoridade), o regime jurídico da pessoa colectiva (um regime de direito público no caso das pessoas colectivas públicas), a subordinação ou não do Estado (sendo pessoas colectivas públicas as que se encontram submetidas ao controle estadual)¹⁶, etc.

Todavia, como referem José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira, a doutrina tem entendido, porém, que cada um destes critérios singularmente considerado é insuficiente, optando-se, hoje em dia, cada vez mais por critérios mistos (isto é, que combinam dois ou mais critérios)¹⁷. É esta a proposta de administrativistas de reconhecido mérito como Freitas do Amaral ou Vital Moreira. O primeiro parte de um critério que combina a criação, o fim e a capacidade jurídica da entidade em causa. Deste modo, para Freitas do Amaral, “são pessoas colectivas públicas as pessoas colectivas criadas por iniciativa pública, para assegurar a prossecução necessária de interesses públicos e por isso dotadas em nome próprio, de poderes ou deveres públicos”¹⁸. Vital Moreira combina os critérios da iniciativa de criação e dos poderes públicos considerando como pessoas colectivas públicas, “na falta de qualificação legislativa, as que, tendo sido criadas pelo Estado ou por outro ente público ‘primário’ (ou seja, uma colectividade territorial), detenham o predicado fundamental das entidades públicas, que é a posse de *prerrogativas de direito público*, isto é, exorbitantes do direito privado”¹⁹.

É hoje relativamente seguro na doutrina administrativa, através da aplicação dos critérios enunciados, qualificar como pessoas colectivas públicas “o Estado e demais entidades colectivas territoriais – regiões autónomas e autarquias locais – (entidades públicas primárias ou por natureza), as entidades como tal qualificadas pela lei (entidades públicas por força da lei), e as entidades criadas pelo Estado ou por pessoas colectivas públicas territoriais, desde que não sejam qualificadas pela lei

¹⁶ Cf. MOREIRA, Vital, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, 266 e ss; AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra: Coimbra Almedina, 2006, p. 193, DIAS, José Figueiredo, OLIVEIRA, Maria Fernanda, *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 41.

¹⁷ Cf. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁸ Cf. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 753 e ss.

¹⁹ Cf. *Administração Autónoma...*, *op. cit.*, p. 268-269.

como privadas e desde que compartilhem dos predicados de personalidade pública (prerrogativas de direito público, nomeadamente poderes de autoridade)”²⁰.

Compreende-se que dada a discussão que envolve este conceito, o legislador penal tenha optado, em nome da segurança e da certeza jurídico-penal, por explicar o que entende por pessoa pública, pese embora, note-se, este seja um conceito cada vez mais densificado e consensual no seio da doutrina administrativa. O que não entendemos é o afastamento do legislador penal face àquilo que começa a ser consensual entre administrativistas. Com efeito, ao invés de seguir o critério misto que acima se concretizou, o legislador penal consagra um conceito extensivo de pessoa pública, concedendo privilégio autónomo em cada um das alíneas à singularidade de um critério definidor de pessoa colectiva pública: na alínea *a*) a pessoa colectiva pública é definida a partir do regime de direito público a que está sujeita (pessoas colectivas de direito público, nas quais se incluem entidades públicas empresariais); na alínea *b*) a partir da finalidade prosseguida (entidades concessionárias de serviços públicos, *independentemente da sua titularidade*) e na alínea *c*), *prescindindo da criação e do regime público*, toma-se como critério o exercício de poderes de autoridade (demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de direito público).

A definição de pessoas colectiva pública proposta pelo legislador penal é, deste modo, muito menos exigente do que aquela que maioritariamente se segue no âmbito da doutrina administrativa, ao ponto de, para efeitos penais, se considerarem pessoas colectivas públicas, entidades privadas concessionárias de serviços públicos (alínea *b*)) ou que exerçam prerrogativas de poder público (alínea *c*)), assim como entidades públicas que actuem segundo o direito privado (alínea *a*)). Todas estas entidades são, nos termos da lei penal, excluídas do âmbito da responsabilização criminal.

Assim, esta definição proposta pelo n.º 3 do artigo 11.º do Código Penal pode qualificar-se como extensiva sob uma dupla perspectiva: por um lado, quando se toma por referência a doutrina administrativa; por outro lado, quando comparado com as fontes comunitárias que se referem à responsabilidade criminal de pessoas colectivas públicas.

Resta saber se existe uma justificação que permita compreender a consagração legal de um conceito tão amplo de pessoa colectiva pública. Há naturalmente argumentos favoráveis à exclusão dos entes públicos do alcance da sanção penal: seria paradoxal pensar nestas entidades, que são criações da sociedade para prosseguirem a realização do “bem comum” como agentes de crimes; por outro lado, sublinha-se também a sua incapacidade para cumprir da pena, *v. g.*,

²⁰ Cf. DIAS, José Eduardo Figueiredo, OLIVEIRA, Maria Fernanda Paula, *Noções Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 42.

multa, uma vez que sendo sustentadas por receitas públicas, seriam, em última instância, os contribuintes a suportar o encargo da pena pecuniária; mais, seria o titular do *iuspunidendi* – o Estado – em última instância a aplicar a si mesmo, ou às pessoas colectivas que o concretizam, uma sanção²¹.

Se estes argumentos podem ser razoáveis no que concerne às pessoas colectivas públicas por natureza ou territoriais – Estado, Regiões Autónomas e Autarquias Locais²² – temos dúvidas que eles possam sustentar a exclusão da responsabilidade criminal de outros entes públicos, designadamente dos entes públicos dependentes (como é o caso das empresas públicas), ou, ainda mais grave, pessoas colectivas privadas (ainda que tenham a faculdade de exercer poderes de autoridade, ou sejam concessionárias de serviços públicos).

Julgamos que este conceito extensivo conduz a desigualdades dificilmente justificáveis: porque razão uma empresa pública, só pelo facto de o ser, deve ser excluída de responsabilidade criminal? Porque razão uma empresa privada que seja concessionária de um serviço público deve, só pelo facto de beneficiar dessa concessão, ver excluída a sua responsabilidade criminal relativamente a qualquer actividade por si praticada? Porque razão uma empresa pública ou uma empresa concessionária de serviços públicos que no âmbito de uma construção de uma obra viole as regras de segurança previstas em disposições legais ou regulamentas não responde criminalmente nos termos do artigo 152.º-B do Código Penal? Mais: porque razão uma pessoa colectiva privada com poderes públicos não pode ser responsabilizada pelos crime de corrupção (artigo 372.º-374.º) ou de tráfico de influências (335.º), igualmente incluídos no catálogo do artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal? Esta interrogação revela ainda maior surpresa se atendermos a que o direito português prevê um extenso número de pessoas colectivas privadas investidas em funções administrativas e poderes públicos que desenvolvem actividades em diversos sectores, desde a gestão de serviços públicos (*v. g.*, cobrança de taxas), à regulação de actividades industriais e agrícolas (actividades de certificação e controlo), até à regulação do desporto (*v. g.*, federações desportivas)²³.

²¹ Mais desenvolvidamente MEIRELES, Mário Pedro Seixas, *Pessoas Colectivas...*, *op. cit.*, p.74 e s.

²² Discutindo a possibilidade de as pessoas colectivas públicas territoriais e os seus agrupamentos poderem ser responsabilizados criminalmente, *vide* PRADEL, Jean, «La personalidad penal de la persona jurídica», *in: La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas: una Perspectiva Comparada*, coor. HURTADOPOZO, José, ROSAL BLASCO, Bernardo del, SIMONS VALLEJO, Rafael, Valência, 2001, p. 141.

²³ Cf. GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Livraria Almedina, 2005. Em particular, para uma exposição das pessoas colectivas com poderes públicos por sectores de actividade veja-se as páginas 803-894.

A definição de pessoa colectiva pública apresentada no artigo 11.º, n.º 3, conduz a que a mera natureza pública de um ente empresarial, a concessão de um serviço público ou o mero o exercício de poderes públicos por parte de um ente privado possa ser “sinónimo de zona livre da punição penal”²⁴. Trata-se, pois, em nosso modo de ver, de um privilégio injustificado.

A exclusão da responsabilidade criminal não pode decorrer da forma jurídica ou da possibilidade de praticar alguns actos com poderes públicos. Sempre que uma entidade pública empresarial cometa uma infracção que poderia ser igualmente imputada a qualquer pessoa jurídica de direito privado, não deve excluir-se a sua responsabilidade apenas porque possui a forma jurídica de ente público. Como refere Silvina Bacigalupo, “sempre que um ente público empresarial cometa uma infracção que poderia ser igualmente imputada a qualquer pessoa jurídica de direito privado, não deve ser relevante a forma jurídica da mesma. Se assim não for existe um tratamento desigual, difícil de justificar”²⁵.

Do mesmo modo, atendendo a maior amplitude de prerrogativas de direito público concedidas a empresas privadas carece de fundamentação o facto de a mera concessão de um serviço público ou a possibilidade de exercer poderes públicos possa ter como efeito automático a exclusão do âmbito da imputação criminal.

IV. Conclusão

A responsabilidade criminal das pessoas colectivas é reconhecida na legislação portuguesa, de forma sistemática, desde os anos oitenta do século passado para crimes económicos e crimes fiscais. Porém, este instituto estava previsto fora do Código Penal, em leis especiais. Em 2007 introduziu-se no artigo 11.º do Código Penal português a responsabilidade criminal das pessoas colectivas. O n.º 2 daquele artigo excepciona desta responsabilidade as pessoas colectivas públicas, em sentido contrário àquela que vinha sendo a tradição legislativa nas leis especiais e ao regime que vigora em ordenamentos jurídicos que reconhecem por princípio aquele tipo de responsabilidade. O n.º 3 do artigo 11.º apresenta uma definição de pessoa colectiva pública demasiado ampla, abrangendo um grande número de empresas privadas com prerrogativas de direito público. Da análise efectuada concluiu-se que aquela definição legal propicia a vazios de punição e privilégios injustificados. Da nossa perspectiva, a exclusão da responsabilidade criminal não pode decorrer exclusivamente da forma

²⁴ A expressão é de MEIRELES, Mário Pedro Seixas, *Pessoas Colectivas...*, *op. cit.*, p. 48.

²⁵ Cf. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, *op. cit.*, 1998, p. 374.

jurídica adoptada ou da mera prerrogativa de praticar actos com poderes públicos, sob pena de uma ofensa insuportável ao princípio da igualdade.