A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE QUEM OCUPA POSIÇÃO DE LIDERANÇA NA PESSOA COLETIVA OU ENTIDADE EQUIPARADA PELO PAGAMENTO DE MULTA PENAL E A SUA (IN)CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL.

LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LOS QUE OCUPAN POSICIÓN DEL LIDERAZGO DE LA PERSONA COLECTIVA O ENTIDADE EQUIPARADA PARA EL PAGO DE MULTA PENAL Y SU (IN) CONFORMIDAD CONSTITUCIONAL.

Ana Paula Gonzatti da Silva[1]

RESUMO: Em 2007, foi introduzida no Código Penal Português a previsão da responsabilidade subsidiária daqueles que ocupam liderança em pessoa coletiva ou entidade equiparada para o pagamento de multas ou indenizações, caso a pessoas jurídicas sejam condenadas em processo criminal. A citada novidade legislativa acarretou, entretanto, debate no meio acadêmico português, posto que a constitucionalidade de tal dispositivo (art.11, n.9) tem sido muito questionada frente aos princípios da culpabilidade, da intransmissibilidade das penas e do *non bis in idem*, razão pela qual propomos esse estudo. A pesquisa teve como objetivo criar as condições acadêmicas ideais para uma análise efetiva do tema-problema. Metodologicamente, realizou-se um estudo de caso com análise teórica quanto ao enfoque; bibliográfica e documental, quanto à forma de coleta de dados; investigativa, quanto à natureza do produto final. A técnica utilizada para análise dos dados colhidos foi a dedutiva. A formatação do texto e as referências seguem o padrão estabelecido pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Palavras-chave: Responsabilidade penal subsidiária. Pena de multa. Pessoa individual e coletiva. Constitucionalidade.

RESUMEN: En 2007, se introdujo en el Código Penal Portugués la previsión de la responsabilidad solidaria de las personas que ocupan posición de liderazgo de la persona jurídica o entidad equivalente al pago de penas de multas o indemnizaciones si las corporaciones son condenadas en proceso penal. La novedad legislativa mencionada trajo, sin embargo, debate en el medio académico portugués, ya que la constitucionalidad de esta disposición (artículo 11, n.9) ha sido muy cuestionada delante los principios de la culpabilidad, de la no transferibilidad de las penas y el principio del *non bis in idem*, razón por que proponemos este estudio. La investigación tuvo como objetivo crear las condiciones ideales para el análisis académico efectiva del tema-problema.Metodológicamente, se realizó un estudio teórico con respecto al enfoque; bibliográfico y documental, relativamente a la recogida los datos; de naturaleza investigativa, con respecto a la naturaleza del producto final. El formato del texto y las referencias siguen el patrón establecido por los estándares de la Asociación Brasileña de Normas Técnicas (ABNT).

Palabras clave: Responsabilidad penal subsidiaria. Pena de multa. Persona individual y colectiva. Constitucionalidad.

[1] Graduada em Direito pela URGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Doutoranda em Ciências Jurídico-penais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito penal e processual penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico (vinculado à Universidade de Coimbra). Pesquisadora convidada nas Faculdades de Direito das Universidades de Bolonha e Gottingen.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A reforma no art. 11º do Código Penal Português. 3 O que e pelo que se transmite. 3. 1 O que se transmite (a responsabilidade subsidiária). 3.2 Pelo que se transmite (pagamento da pena de multa). 3.3 Considerações parciais. 3.3 Considerações parciais. 4 O art. 11º, nº 9 e sua (in)conformidade com alguns princípios constitucionais. 4.1 O art. 11º, nº 9 e sua (in)conformidade com o princípio da culpabilidade. 4.2 O art. 11º, nº 9 e sua (in)conformidade com o princípio intransmissibilidade das sanções penais. 4.3 O art. 11º, nº 9 e sua (in)conformidade com o princípio *Non bis in idem.* 5 Acórdão 171/2014. 6 Considerações finais. Resumen. Referência.

1 Introdução.

Não é tema novo no direito penal português a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Elas respondem por suas condutas criminalmente, independentemente de seus administradores ou gerentes também serem responsabilizados na seara penal, possuindo, portanto, culpabilidade própria e distinta desses.

Contudo, em 2007, apesar da consagração da independência de responsabilização entre agente individual e agente coletivo no Diploma Penal Português, houve certa flexibilização da autonomia das culpabilidades. Dentre as alterações que ocorreram no Código Penal Português, foi introduzido o artigo 11º, nº. 9, passando-se a prever a responsabilização subsidiária daqueles que ocupam liderança em pessoa coletiva ou entidade equiparada para o pagamento de multas ou indenizações, caso elas sejam condenadas em processo criminal.

Em outras palavras, a responsabilidade da pessoa coletiva e a da pessoa individual passaram a comunicar-se. Atualmente, caso a pessoa coletiva não pague uma multa ou uma indenização de natureza penal, a pessoa individual que a lidere tem a responsabilidade de cumprir essa obrigação. O Estado reforçou, assim, a possibilidade de executar quantias pecuniárias.

Entretanto, essa mudança é questionável frente ao princípio constitucional penal da culpabilidade, uma vez que admite que uma pessoa (individual) seja responsabilizada por ato que não lhe foi atribuído.

Ademais, tal artigo faculta a transmissibilidade das sanções penais, o que gera fundadas dúvidas quanto a sua constitucionalidade.

O ingresso do nº. 9 no art. 11º parte da premissa que, pelo simples fato de liderar uma pessoa coletiva, o sujeito é culpado pelos atos que ela cometeu. Portanto, ao que parece, presume a culpa, o que estaria, aparentemente, em contradição com os ditames constitucionais.

Igualmente, existem situações em que, como restará demonstrado à frente, a pessoa individual pode vir a responder, nos moldes legislado, duas vezes pelo mesmo ato, em desrespeito ao princípio do *non bis in idem*.

Diante desse quadro, surge a seguinte questão: pode o Estado, no afã de receber o valor de multa ou de indenização em que uma pessoa coletiva foi condenada, transmitir tal responsabilidade para quem lidere a pessoa coletiva, ou seja, uma pessoa individual?

Os motivos supramencionados justificam a elaboração de um trabalho científico que aborde o tema com a devida profundidade, razão pela propõe este estudo.

A investigação é direcionada por quatro perguntas: a) Qual o caráter da responsabilidade que se transmite? Qual o caráter das multas e indenizações aplicadas às pessoas coletivas?; b) Há compatibilidade do art. 11º, nº. 9 do CP com o princípio da culpabilidade c) Há compatibilidade do art. 11º, nº. 9 com o princípio da intransmissibilidade das penas?; d) Há compatibilidade do art. 11º, nº. 9 com o princípio do *non bis in idem*?

A pesquisa teve como objetivo criar as condições acadêmicas ideais para uma análise efetiva do tema-problema. Metodologicamente, realizou-se um estudo de caso com análise: a) teórica quanto ao enfoque; b) bibliográfica e documental quanto à forma de coleta de dados; c) investigativa quanto o produto final. A técnica utilizada para interpretação dos dados colhidos foi a dedutiva. A formatação do texto e as referências seguem o padrão estabelecido pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

2 A reforma no art. 11^{0} do Código Penal Português.

Nos últimos anos, vem se concretizando a tendência no apenamento criminal das pessoas jurídicas. (MIGLIARI JÚNIOR, 2004, p. 81). Há quase três décadas, como eco dos estudos dogmáticos e de diretrizes político-criminais (COSTA, 1993, p. 1238), é possível a responsabilização penal da pessoa coletiva no ordenamento jurídico português, notadamente no direito penal secundário, ou seja, naquele direito que é, na sua essência e no seu âmbito, direito penal administrativo, ou seja, um verdadeiro direito penal. (DIAS, 2000, p. 33). O Dec.-Lei 28/84 consagrou aberta e claramente a responsabilidade penal das pessoas coletivas e sociedades (CARVALHO, 2001 p. 12), de forma que outras exceções aos poucos foram-se sucedendo. (ANTUNES, 2006/2007, p. 166).

Todavia, foi a reforma do Código Penal Português, de 4 de setembro de 2007, a incrementadora da responsabilidade criminal das pessoas coletivas no próprio texto do Código Penal, a semelhança de Holanda, França, Áustria, Dinamarca e Suécia. (GARCIA, 2014, p. 92). As pessoas coletivas e entidades equiparadas tornaram-se sujeitas à sanções criminais em determinadas áreas[2] vertidas no Código Penal, trazendo, desde logo, ganho de coerência sistemática. A regulamentação integrada no Código Penal trouxe um sentimento de maior segurança, proporcionando uma estrutura mais concatenada do que a anterior, na qual os textos encontravam-se dispersos. (MEIRELES, 2008, p. 122-123).

O art. 11^{0} do Código Penal Português[3] passou a ter a seguinte redação

> Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas
>
> 1 - Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal. 2 - As pessoas colectivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado, de outras pessoas colectivas públicas e de organizações internacionais de direito público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 152.º-A e 152.º-B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º, sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 374.º, quando cometidos: a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. 3 - Para efeitos da lei penal a expressão pessoas colectivas públicas abrange: 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. 4 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade. 5 - Para efeitos de responsabilidade criminal consideram-se entidades equiparadas a pessoas colectivas as sociedades civis e as associações de facto. 6 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito. 7 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes. 8 - A cisão e a fusão não determinam a extinção da responsabilidade criminal da pessoa colectiva ou entidade equiparada,

[2] As pessoas coletivas e entes equiparados podem figuram como sujeitos ativos somente em determinados crimes, elencados no art. 11^{0}, n° 2.

[3] A redação anterior do Artigo 11º era " Carácter pessoal da responsabilidade. Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal".

> respondendo pela prática do crime: a) A pessoa colectiva ou entidade equiparada em que a fusão se tiver efectivado; e b) As pessoas colectivas ou entidades equiparadas que resultaram da cisão. 9 - Sem prejuízo do direito de regresso, as pessoas que ocupem uma posição de liderança são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das multas e indemnizações em que a pessoa colectiva ou entidade equiparada for condenada, relativamente aos crimes: a) Praticados no período de exercício do seu cargo, sem a sua oposição expressa; b) Praticados anteriormente, quando tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou entidade equiparada se tornou insuficiente para o respectivo pagamento; ou c) Praticados anteriormente, quando a decisão definitiva de as aplicar tiver sido notificada durante o período de exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento. 10 - Sendo várias as pessoas responsáveis nos termos do número anterior, é solidária a sua responsabilidade. 11 - Se as multas ou indemnizações forem aplicadas a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por elas o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados.

Com a reforma de 2007, surgiu, então, um feixe de questões, como de autoria e comparticipação, imputação objetiva e subjetiva da conduta penalmente relevante, e problemas mais vultosos, como a responsabilidade solidária ou subsidiária dos administradores ou pessoas em posição de liderança pelo pagamento de multas aplicadas às pessoas coletivas (BRAVO, 2012, p. 478), sendo essa última o tema do presente trabalho.

3 O que e pelo que se transmite.

3. 1 O que se transmite (a responsabilidade subsidiária).

De acordo com a nova previsão do art. 11^0, nº 2, apenas pode existir imputação[4] de um crime à pessoa coletiva caso tenha sido cometido em seu nome e no interesse coletivo (aspecto objetivo) por pessoas que ocupem posição de liderança (aspecto subjetivo - art. 11^0, nº 2, a), ou em virtude de violação de deveres de vigilância ou controle que são incumbidos (aspecto objetivo) a quem aja sob autoridade de quem ocupa posição de liderança (aspecto subjetivo - art. 11^0, nº 2, b).

Portanto, só haverá responsabilidade penal de um ente coletivo quando o tipo penal tenha sido praticado por quem, no ente, ocupe posição de líder ou esteja atuando sob a autoridade desse. Exige-se, desse modo, que a culpa do agente físico seja apurada, ainda que ele não seja efetivamente condenado. (SILVA, 2009, p. 271). Mas a utilização dessa culpa, como um dos fundamentos para a culpabilidade da pessoa jurídica, não ilide e, tampouco, obriga que a pessoa física, cuja culpa é utilizada na composição da culpa do ente coletivo, seja individualmente responsável pelo ato praticado, de acordo com a redação do n^0 2 do art. 11^0. São culpabilidades

[4] Não é objeto do nosso trabalho se há ou não culpa e possibilidade de responsabilização criminal de pessoas coletivas. Ainda que muito instigante o assunto, partir-se-a já da legislação portuguesa, que aceita a resposta penal a atos imputados aos entes coletivos, bem como a jurisprudência, vez que o Tribunal Constitucional já se manifestou pela constitucionalidade, no Acórdão n.º 213/95. Contudo, sobre o tema, ver, contra a possibilidade de pessoa coletiva responder criminalmente, exemplificativamente: a) Von Liszt dizia que " Segundo a instituição moderna, o criem só póde ser commettido pelo homem. (…) só o indivíduo, e não a entidade collective, pode cometter crimes e soffrer as penas respectivas. Societas delinquire non potest. O corpo collective não só pode ser responsabilizado, mas sómente os individuos que funccionam como seus representantes" LISZT, 1899, p. 189-190. b) segundo Cavaleiro Ferreira: " sujeito activo da infração é só o homem, enquanto fisicamente considerado… (…) A pessoa colectiva não pose ser sujeito activo duma infracção. A infracção supõe culpabilidade e, portanto, a imputação moral. E a pessoa colectiva não tem vontade." CASCA, Eduarda da Silva. **Direito penal.** Apontamentos das lições do Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira ao 5^0 ano jurídico de 1956-57, compilados por Eduarda sa Silva Casca. Lisboa: Almeidina, Edição da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lismoa, 1956, p. 126-127. c) Também nesse sentido, Hernani Marques, de acordo com o Doutor josé Beleza dos Santos: "as pessoas colectivas não podem ser sujeitos activos de infracções criminais. De contrário, não haveria a razão de ser da pena, não se descobriria o suporte essencial da culpabilidade essencial à pena. MARQUES, Hernani. **Direito Criminal.** De harmonia com as preleções do Exmo. Senhor José Beleza dos Santos, aos cursos do 4° e 5° ano jurídico de 1935-1936. Coimbra, Coimbra Editora, 1936, p. 326.; d) BITTENCOURT, , 2000, 164-167.

autônomas, porém, ao mesmo tempo, derivadas, no sentido, respectivamente, do art. 11[0], nº 7 e 2[5]. E é essa cisão que facilitará que os fins da pena imposta sejam atingidos, uma vez que fere a própria pessoa que praticou o crime (CARVALHO, 1934, p. 108), seja ela individual e/ou coletiva.

Tal solução foi preconizada, ainda na década de 20 do século passado, por José Augustin Martinez, no Congresso de Bucareste,

> *La responsabilité criminelle des personenes juridiques n'exclut pas, mais qu'au contraire ele suppose, la responsabilité criminelle des personnes, des agentes, directeurs, administrateurs ou associes qui auront pris part à la commission des actes incriminables. (...) Les agentes, administrateurs ou associes qui auront pris part dans la commission des actes incriminables, seront déclarés responsables criminellement et sujets aux sanctions ou que les mesures que législations respectives déclareront applicables.* (MARTINEZ, 1929, p. 238-239).

Não se trata, por isso, de uma responsabilidade por fato de outrem, e sim de uma verdadeira responsabilidade independente e distinta da que possa ser imputada a pessoas físicas que compõem a pessoa coletiva, e que pressupõe que estas entidades possam constituir objeto de censura ético-penal. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 81). E nesse sentido, a multa aplicada a pessoa coletiva em processo penal não perde o caráter de pena criminal e o seu efeito de natureza pessoalíssima, com a consequente sujeição ao princípio consagrado naquele artigo 30º, n.º 3, da Lei Fundamental.

É importantíssimo ter em conta que a culpa da sociedade não se confunde necessariamente com a culpa da pessoa(s) física(s) que por ela age(m), ou seja,

> (...) se a culpa do titular agente físico é condição necessária não é condição suficiente para a imputação subjetiva de facto ilícito à sociedade; é ainda necessário que o crime tenha sido perpetrado em nome e no interesse da sociedade. É esta exigência que acresce à culpa do órgão ou representante que precisamente marca a responsabilidade própria da sociedade. (SILVA, 2009, p. 271). [6]

Portanto, "as vontades culpáveis confundem-se frequentemente, mas não necessariamente" (SILVA, 2009, p. 272), de tal sorte que não se deve confundir a vontade e a culpa das pessoas físicas com a das pessoas coletivas. Há uma separação necessária de culpabilidade. É

---

[5] BRAVO, Jorge dos Reis. Direito Penal dos Entes Coletivos. **Ensaio sobre a punibilidade de pessoas coletivas e entidades equiparadas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 195; Para José Faria Costa, são responsabilidades cumulativas e autônomas. COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 240-241.Comunga do mesmo entendimento Isabel Marques da Silva, que entende que há responsabilidade cumulativa integral diferenciada, por entender qu " a pessoa colectiva só será penalmente responsável por crimes fiscais (…)" - e aqui pode-se incluir também outros tipos de crimes que não fiscais, mas elencados no nº 2 do art. 11[0] – " (…) quando um titular de um seu órgão ou um seu representante o seja também, independentemente das penas concretamente aplicáveis a cada responsável, que essas podem variar pela própria natureza das coisas. A responsabilidade é cumulativa e integral, mas é também responsabilidade cumulativa diferenciada no que respeita às sanções". SILVA, Isabel Marques da. **Responsabilidade fiscal penal cumulative das sociedades e dos seus representantes**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000, p. 52. Com a devida vênia, não parecem ser cumulativas, uma vez que a cumulação não é necessária, mas sim frequente. Deve-se atentar que "a lei não dispõe que a responsabilidade seja necessariamente cumulativa, ressalva que simplesmente, no sentido de não a excluir. Por isso que pode ocorrer a responsabilidade concorrente, mas não necessariamente e nos dois sentidos." SILVA, Germano Marques da. **A responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009, p. 278.

[6] No mesmo sentido, o jurista brasileiro Sérgio Salomão Schecaria, manifestando-se quanto ao modo de imputação no direito brasileiro, afirma que "ao lado do princípio da culpabilidade individual, de raízes éticas, surge a construção categórica de uma outra culpa, de natureza coletiva. Essa dicotomia por contraste, contempladora de duas individualidade que se condicionam reciprocamente, fez com que se pudesse reconhecer autonomia à culpa individual e à coletiva enquanto disciplinas de relevo e que podem ter um estudo paralelo em face de terem uma origem em um condicionamento comum. Se é verdade que se pode imaginar um juízo individualizador, não é menos verdade que se pose imaginar um juízo paralelo – já que não é igual – para a culpa coletiva. Esse sistema dicotômico pode ser chamado de modelo de dupla incriminação". (SCHECAIRA. 1998, p. 148).

justamente por isso que não há inconstitucionalidade por violação ao princípio *non bis in idem*[7], visto serem dois agentes, o físico e o coletivo, com culpabilidades autônomas[8]. Diferentemente, e o que não deve ocorrer, é a pessoa singular responder pela pena aplicada a si (como pessoa individual) e pela pena aplicada à pessoa coletiva.

Assim, como já preconizava Achille Mestre, ainda no século XIX, em sua clássica obra "*Les personnes morales et le problem de leur responsabilité pánale"* (MESTRE, 1899 *apud* CARVALHO, 1934, p. 68), ser, na intenção de que a mais perfeita justiça seja realizada que, além de se aplicar uma pena a uma pessoa coletiva (moral), aplica-se uma pena ao agente singular, pois, apesar de agir em nome e no interesse da pessoa coletiva, não perdeu, por isso, a sua capacidade de indivíduo racional capaz de distinguir o fato criminoso do não-criminoso[9]. Foi essa a vertente adotada pelo Código Penal Português a partir de 2007.

A partir do momento em que se admitiu, através de uma analogia material entre culpa individual e responsabilidade por culpa de ente coletivo (cuja base era a noção de que os próprios entes coletivos são obras de liberdade),[10] que as pessoas jurídicas são capazes de suportar um juízo de censura ética, a ideia de culpabilidade própria da pessoa jurídica foi acolhida no ordenamento jurídico.

Ao aceitar essas premissas, o direito penal supõe uma carga ético-social de sua personalidade, reconhecendo, juridicamente, a autoria, por ente coletivo, de fato criminoso (BACIGALUPO, 1998, p. 137), coadunando-se mais adequadamente com a realização da justiça. (GUNSBURG, Niko; MOMMAERT, R., 1929, p. 230).[11]

Desse modo, a confusão entre as duas responsabilidades (da pessoa coletiva e da pessoa individual) deve ser evitada, sob pena de se atentar contra o pressuposto de que são culpabilidades autônomas. Note-se, aliás, que, a maior parte da doutrina negava a culpabilidade dos entes coletivos, fundamentando-se, justamente, na incapacidade de culpabilidade. Caso fosse admitido isso, cairia o próprio fundamento de punir as pessoas coletivas, vez que não possuiriam culpabilidade própria.

Não obstante, o Código Penal, versão 2007, contrariou, ao que parece, a lógica instituída pela própria reforma, admitindo a responsabilidade subsidiária daqueles que ocupam posição de liderança para o pagamento de penas de multa em que a pessoa coletiva foi condenada, nos casos determinados nas letras "a", "b" e "c" do nº 9 do art. 11º[12].

---

[7] Artigo 29.º Aplicação da lei criminal (...) 5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.

[8] Assim foi decido pelo Tribunal Constitucional Português, em 25 de abril de 1995: "A consagração legal da responsabilidade individual ao lado da responsabilidade do ente coletivo pelos mesmos fatos não viola o princípio do non bis in idem, constante do art. 29.º, n.º 5, da Constituição, uma vez que não existe um duplo julgamento da mesma pessoa pelo mesmo facto". in Boletim do Ministário da Justiça, nº 446 (Suplemento), p. 655. No mesmo sentido, Mestre e, em sentido contrario, defendia Gierke que deveria ser penalizado unicamente o ente coletivo, uma vez que os sujeitos individuais não delinquiriam como pessoas individuais, mas sim como pessoa coletiva. (MOREIRA, 1934, p. 50). Já em sentido contrário, Mário Meireles defende que não se pode concluir, sob uma perspectiva abstrata, qua não há violação do princípio do nem bis in idem, devendo-se atentar à realidade subjacente, ou seja, averiguar por quem de fato o crime foi praticado. (MEIRELES, 2006, p. 91).

[9] Para uma idéia sintética do pensamento de Mestre sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas, sugere-se a leitura de Emílio Brusa. (BRUSA, 1900).

[10] Assim, Jorge de Figueiredo Dias: "Certo que na acção como na culpa, tem-se em vista um "ser-livre" como centro ético social de imputação jurídico-penal e aquele é o do homem individual. Mas não deve esquecer-se que as organizações humano-sociais são, tanto como o próprio homem individual, 'obras de liberdade' ou 'realizações de ser-livre'; pelo que parece aceitável que em certos domínios especiais e bem delimitados – de acordo com o que poderá chamar-se, segundo Max Müller, o princípio da identidade da liberdade – ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, as suas obras ou realizações coletivas e, assim, as pessoas colectivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser-livre se exprime. Que se torna necessário um pensamento analógico, relativamente aos princípios do direito penal clássico – onde a máxima da responsabilidade individual deve continuar a valer sme limitações - , é evidente." (DIAS, 2000, p. 55-56).

[11] Em sentido contrário, por exemplo, M. J-A. Roux acreditava que a responsabilização da pessoa coletiva repugnava toda a ideia de justiça. (ROUX, M.J.-A.,1929, p. 212).

[12] A possibilidade de responsabilização subsidiária pelo pagamento de multas decorrentes da condenação criminal de pessoas coletivas já era admitida no direito canônico, ainda que contrariasse os dispositivos de que a pena coletiva não

Responsabilidade subsidiária é, segundo visão tributária,

> (...) o poder de exigir o imposto a quem não é o titular da capacidade contributiva que fundamento o imposto por via mais expedita que a ao alcance da generalidade dos credores e sobretudo com base numa presunção de culpa na violação de deveres que cabe ao responsável subsidiário ilidir. Ocorre nada mais do que e a confusão de responsabilidades. (SILVA, 2008, p. 327).

Responsabilidade penal subsidiária é algo que não encontra fundamento. Isso porque não se pode trabalhar com presunções de culpa para imputação de sanção criminal a sujeito. Para questões civis ou tributárias sim, mas na seara criminal não.

Há quem defenda ser razoável a responsabilidade penal subsidiária, contanto que não adote formulação genérica, evitando-se, destarte, a responsabilização direta e necessária dos que ocupam posição de liderança. Se não fosse assim, haveria uma efetiva e real transmissibilidade das penas. (CARVALHO, 2009, p. 89-90). A solução proposta, que seria compatível com o texto constitucional, é que, uma vez

> (...) constatada a falta de pagamento da multa ou da indenização por parte da pessoa coletctiva, em sede da fase de execução de penas, a nível incidental, com respeito pelo contraditório, seja aberto um procedimento *ad hoc* contra o responsável subsidiário em que sejam alegados e provados os factos que possam fundamentar a medida, consagrando-se, ao mesmo passo, como mecanismo dissuasor corrector, um novo fundamento de suspensão ou de interrupção do prazo de contagem de prescrição da pena de multa. (CARVALHO, 2009, p.90).

Solução ou pseudo-solução? A nosso ver, o fato de ser aberto o contraditório, na fase de execução da pena, não é suficiente para comprovar a culpabilidade de quem ocupa posição de liderança, tampouco retira a transmissibilidade da responsabilidade penal. Note-se que houve, tão somente, a aferição da responsabilidade da pessoa coletiva para a aplicação da pena de multa no processo de conhecimento, lugar certo para tal averiguação (é claro que pode ter sido aferida também a individual, pois são autônomas, e aí gera o problema do *non bis in idem*, que será adiante tratado). Não se pode dizer que, pelo simples fato de ser dada a oportunidade de manifestação contradita na fase de execução da pena que, semelhante ao direito tributário, é plausível a transmissão da execução de condenação penal de outrem, inclusive a quem sequer foi aferida a culpa.

3.2 Pelo que se transmite (pagamento da pena de multa).

A pena é a consequência jurídica de um crime, só podendo ser aplicada ao agente do crime que tenha atuado com culpa. (DIAS, 2007, p. 3). Às pessoas coletivas, de maneira semelhante às físicas, podem ser impostas penas principais (multa ou dissolução), acessórias (injunção judiciária, proibição de celebrar contratos, privação do direito de subsídios, subvenções ou incentivos, interdição do exercício da atividade, encerramento de estabelecimento ou publicidade da decisão condenatória) e de substituição à pena de multa (admoestação, caução de boa conduta ou vigilância judiciária), conforme arts. 90^0-A a 90^0-M.

Contudo, diferentemente das sanções principais impostas às pessoas individuais, que veem previstas no próprio artigo o tipo de sanção correspondente ao fato tipificado, para as pessoas coletivas são previstas as sanções no art. 90^0-A, e não nos tipos em que possa ser arguida.

---

deveria procurer atingir terceiros, repatindo a multa pelo conjunto de associados. Era uma solução prática que nada tinha de justa. (MOREIRA, 1934, p. 33-34).

A pena de multa[13] às pessoas coletivas, pena objeto do nosso estudo, é o instrumento penal mais mediato e requisitado dentro do sistema penal português de entes coletivos, sendo a aplicação de tal sanção, hodiernamente, preferencialmente a entes coletivos. (BRAVO, 2008, p. 218-220; DIAS, 1998, p. 384) [14]. Está regulada no art. 90⁰-B do Código Penal[15].

Os princípios e as finalidades da pena de multa às pessoas singulares, entretanto, não são sempre coincidentes com os às pessoas coletivas. (BRAVO, 2008, p. 219). Isso porque há uma teleologia político-criminal diferenciada entre a aplicação de uma e de outra (BRANDÃO, 2008, p. 54), bem como há variação no tipo de pena aplicável, devido à acomodação à natureza peculiar do ente coletivo. Tanto é, que há uma regulação própria para a aplicação da pena de multa aos entes coletivos e equiparados como pena, em outro *locus* do Código Penal, e com a importação de apenas algumas normas que regulam a pena de multa para as pessoas físicas.

Aqui importa uma distinção quanto à moldura abstrata aplicável. Caso o crime imputado à pessoa coletiva preveja a pena de multa de forma isolada, alternativa ou complementar, aplicam-se os mesmos dias de multa aplicáveis à pessoa singular (art. 90⁰-B, nº 3) (ALBUQUERQUE, 2006, 644). Do contrário, a base de aplicação será a pena de prisão prevista para as pessoas físicas (art. 90⁰-B, nº 2).

A fixação da multa às pessoas coletivas ou às entidades equiparadas ocorre, à semelhança da feita às pessoas individuais, por dias-de-multa, no qual existem duas fases autônomas para a determinação da pena. Assim, diferentemente de alguns casos da legislação penal extravagante, inexiste o valor da multa em quantia certa fixada pela lei. (DIAS, 1993, P.141).

Na primeira fase, é fixado o número de dias da pena (art. 90⁰-B, nº 4), levando-se em conta a culpa do agente e às exigências de prevenção (art. 71⁰, nº 1[16]). Na segunda, é fixado o valor do dia da pena de multa, variável entre 100 e 10000 euros, de acordo com situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores, sendo aplicado o disposto no art. 47⁰, nºs 3, 4 e 5[17].

A multa atende, pois, ao desvalor da conduta e reproduz esse desvalor monetariamente, espelhando o *quantum* da censura e a subjacente gravidade da infração (GODINHO, 2007, p.75), bem como às exigências de prevenção. Está relacionada, por um lado, com a culpa do agente, ou seja,

---

[13] Refere-se à pena de multa como pena principal (pena de multa autônoma, alternativa ou complementar, nos casos de direito penal secundário) e não à multa de substituição (prevista no art. 43⁰ do CP, para casos de pena de prisão de até um ano).

[14] No mesmo sentido, no final do século XIX, Emilio Brusa, ao tratar da responsabilidade penal das pessoas coletivas segundo o entendimento de Achille Mestre, dizia que "si capisce bene allora, che il castigo irrogato, altro non possa essere che un castigo di carattere patrimoniale". (BRUSA, 1900, p. 9). Ainda nas primeiras décadas do século passado, Antônio de Carvalho também tinha o entendimento de que as penas pecuniárias, no caso, a multa, eram as que mais se adaptam a maneira de ser das pessoas coletivas, pois elas possuem um patrimônio diferente dos seus associados, bem como previa que tais penas seriam as mais utilizadas como sanção penal, devido às maiores probabilidades de êxito. (CARVALHO, 1934, p. 70, 106-107, 116).

[15] Artigo 90.º-B Pena de multa: 1 - Os limites mínimo e máximo da pena de multa aplicável às pessoas colectivas e entidades equiparadas são determinados tendo como referência a pena de prisão prevista para as pessoas singulares. 2 - Um mês de prisão corresponde, para as pessoas colectivas e entidades equiparadas, a 10 dias de multa. 3 - Sempre que a pena aplicável às pessoas singulares estiver determinada exclusiva ou alternativamente em multa, são aplicáveis às pessoas colectivas ou entidades equiparadas os mesmos dias de multa. 4 - A pena de multa é fixada em dias, de acordo com os critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 71.º 5 - Cada dia de multa corresponde a uma quantia entre (euro) 100 e (euro) 10 000, que o tribunal fixa em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores, sendo aplicável o disposto nos n.os 3 a 5 do artigo 47.º 6 - Findo o prazo de pagamento da multa ou de alguma das suas prestações sem que o pagamento esteja efectuado, procede-se à execução do património da pessoa colectiva ou entidade equiparada. 7 - A multa que não for voluntária ou coercivamente paga não pode ser convertida em prisão subsidiária.

[16] Artigo 71.º Determinação da medida da pena 1 - A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção.

[17] Artigo 47.º Pena de multa (...) 3 - Sempre que a situação económica e financeira do condenado o justificar, o tribunal pode autorizar o pagamento da multa dentro de um prazo que não exceda um ano, ou permitir o pagamento em prestações, não podendo a última delas ir além dos dois anos subsequentes à data do trânsito em julgado da condenação. 4 - Dentro dos limites referidos no número anterior e quando motivos supervenientes o justificarem, os prazos de pagamento inicialmente estabelecidos podem ser alterados. 5 - A falta de pagamento de uma das prestações importa o vencimento de todas.

com a desvalia da conduta, e não do dano causado e a sua reprodução monetária; por outro lado, com as exigências de prevenção. Isso é exatamente o que se depreende da leitura do art. 90º-B, nº 4. Distingui-se, desse jeito, da indenização em sede de responsabilização civil[18], cujo valor está calcado no valor do dano[19], pois a multa não é uma indenização. Ademais, o valor do dia multa não tem como referencial o dano, e sim a condição econômico financeira do condenado e os seus encargos com os trabalhadores.

Não é por a multa sancionar ato que atingiu um grande número de pessoas de difícil determinação que possibilitará o seu uso, pelo Estado, através do *ius puniendi,* em intermediário de tal reparação (via direito penal)[20]. Há outros meios, inclusive estatais, para tanto. Se se deseja reparar as vítimas que se busque a reparação civil, mas não se deve importar para o direito penal, que possui luvas de madeira, tal tarefa. A pena de multa não deve assumir a função reparadora, que é típica do direito civil.

Por conseguinte, a pena de multa, inclusive quando aplicada à pessoa coletiva, deve ser entendida

> (...) como autêntica pena criminal, antes que mero <<direito de crédito do Estado>> - ainda que de natureza pública – contra o condenado. Essa asserção, aparentemente trivial, revela-se, a uma consideração mais próxima, como verdadeiramente essencial e prenhe de consequências jurídicas. (DIAS, 1993, p.118).

Daí decorre que, a multa, como as demais sanções criminais,

> (...) é uma efeito de natureza personalíssima, não podendo ser por ela responsáveis as forças da herança nem ser paga por terceiro, ter lugar para o seu pagamento doação ou negócio a fim, nem tão-pouco existir contrato de seguro relativamente a ela. (DIAS, 1993, p.118)

Por fim, calha lembrar que, embora o cumprimento da pena de multa se dê através de moeda (coisa fungível)[21], o adimplemento, nem por isso, torna-se transmissível. Isso porque, como visto, a pena deve ser aplicada ao agente do crime que tenha atuado com culpa.

E parece que foi exatamente o contrário que o legislador penal português fez no art. 11º, nº 9 do Código Penal[22]. Ele admitiu a transmissão subsidiária do pagamento da pena de multa aos que ocupam posição de liderança nas pessoas coletivas ou entidades equiparadas quando elas forem condenadas relativamente aos crimes: a) praticados no período do exercício do seu cargo, sem sua oposição expressa; b) praticados anteriormente, quando tiver sido por sua culpa que o patrimônio da pessoa coletiva ou entidade equiparada se tornou insuficiente para o respectivo pagamento; ou c) praticados anteriormente, quando a decisão definitiva de as aplicar tiver sido notificada durante o período de exercício de seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.

---

[18] Em sentido oposto: (GODINHO, 2007, p. 74).

[19] Código Civil Português: "Responsabilidade por factos ilícitos ARTIGO 483º (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei." (grifamos)

[20] Em diferente sentido Inês Fernandes Godinho defende que sendo a multa paga ao Estado "possibilita que este – em paralelismo à figura de intermediário – faça uso do conteúdo da multa para, através de políticas econômico-financeiras, contribuir para o restabelecimento da economia e seu fortalecimento. Com uma economia mais forte, os particulares – de outro prisma, as vítimas, voltam a ter um maior poder de compra; vêem-se 'ressarcidas'do seu 'prejuízo' ". (GODINHO, 2007, p. 75-76).

[21] Art. 207º do Código Civil Português:

[22] O trabalho ficará detido à análise da pena de multa, pena principal, juntamente com a pena de dissolução, conforme o art. 90º-A do CP. Não será analisada a indenização e a sua transmissão subsidiária, prevista no art. 11º, nº 9.

Multa essa de cariz penal, posto que o próprio artigo é claro em referir quando elas – as pessoas coletivas ou entidades equiparadas – forem condenadas relativamente *aos crimes.* Não se trata, portanto, de multa com caráter civil[23].

Note-se, por exemplo, que não há um limite máximo para a aplicação da pena de multa aos entes coletivos, diferentemente que o art. 47º, nº 1. O número de dias de pena de multa aos entes coletivos é correlato ao período de pena de prisão aplicável às pessoas singulares.

Da mesma sorte, na seara penal a sanção, no caso, a multa, deve ser aplicada ao responsável pelo fato e por ele cumprida. Não há uma distinção entre responsabilidade pelo cometimento da infração e responsabilidade pelo pagamento da infração[24]. A pena aplicada à pessoa coletiva dirige-se simplesmente a ela e a mais ninguém. (CARVALHO, 1934, p.67.)

Importante ter em conta que o art. 90º-B, nº 7 proíbe a conversão da pena de multa em subsidiária. Jorge dos Reis Bravo entende que tal disposição seria dispensável, uma vez que

> (...) tal solução não poder deixar de decorrer da circunstância naturalíssima de insusceptibilidade de aplicação de prisão às coletividades, bem como dos princípios da pessoalidade e da intransmissibilidade das penas. Nem a hipotética justificação de se poder ver aqui uma referencia à possibilidade de conversão de uma pena de multa numa pena de prisão em que tivesse sido condenada uma pessoa singular – e não fosse viável executá-la-, que actuasse como representante, pode ser admitida. (BRAVO, 2008, p.227).

Ao que parece, e com a devida vênia, tal disposição não é dispensável. Deve-se atentar ao brocardo basilar de hermenêutica jurídica *verba cum effectu sunt accipienda*, ou seja, não se presumem, na lei, palavras inúteis, devendo as palavras serem compreendidas como tendo alguma eficácia. (MAXIMILIANO, 1965, p.262). Esse dispositivo legal veio justamente para, nos casos em que haja a condenação da pessoa coletiva à pena de multa e, posteriormente, ocorra a responsabilização subsidiária da pessoa individual, conforme previsto no art. 11º, nº 9 e 11 do Código Penal. Isso porque é admitido, no sistema português, no caso de não cumprimento da pena de multa da pessoas individual, a sua conversão em pena de prisão[25] [26]. Foi justamente nesse intuito que a norma foi feita.

---

[23] Em sentido contrário, Germano Marques da Silva pensa que o art. 11º, nº 9 "trata da responsabilidade civil subsidiária das pessoas que ocupem uma posição de liderança pelas multas e indemnizações da responsabilidade da pessoa coletiva. (…) A norma do nº 9 trata exclusivamente da responsabilidade civil por facto de outrem". Contudo, o autor acredita que "a norma parece excessiva na medida em que a pessoa singular não só responde pelas multas e indenizações que sejam aplicadas mercê da sua própria responsabilidade como suporta ainda as consequências civis da punição da pessoa coletiva. (SILVA, 2008, p. 89).

[24] Em sentido contrario, João Soares Ribeiro entende que há distinção, no campo contra-ordenacional, entre responsabilidade pelo cometimento da infração e responsabilidade pelo pagamento da infração, defendendo que pode haver condenação por uma contra-ordenação a um sujeito "x" e a responsabilidade pelo seu pagamento ser do sujeito "y". (RIBEIRO, 2004, p. 19).

[25] Artigo 49.º Conversão da multa não paga em prisão subsidiária

1 - Se a multa, que não tenha sido substituída por trabalho, não for paga voluntária ou coercivamente, é cumprida prisão subsidiária pelo tempo correspondente reduzido a dois terços, ainda que o crime não fosse punível com prisão, não se aplicando, para o efeito, o limite mínimo dos dias de prisão constante do n.º 1 do artigo 41.º 2 - O condenado pode a todo o tempo evitar, total ou parcialmente, a execução da prisão subsidiária, pagando, no todo ou em parte, a multa a que foi condenado. 3 - Se o condenado provar que a razão do não pagamento da multa lhe não é imputável, pode a execução da prisão subsidiária ser suspensa, por um período de 1 a 3 anos, desde que a suspensão seja subordinada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro. Se os deveres ou as regras de conduta não forem cumpridos, executa-se a prisão subsidiária; se o forem, a pena é declarada extinta. 4 - O disposto nos nos 1 e 2 é correspondentemente aplicável ao caso em que o condenado culposamente não cumpra os dias de trabalho pelos quais, a seu pedido, a multa foi substituída. Se o incumprimento lhe não for imputável, é correspondentemente aplicável o disposto no número anterior.

[26] Diferentemente, há outros sistemas jurídicos que não admitem a conversão da pena de multa, pena pecuniária, em prisão subsidiária, pena privativa de liberdade. Exemplo disso é o ordenamento jurídico brasileiro, que, a partir de 1996, no caso de não pagamento a penal de multa, ela se transforma em título da dívida pública, devendo ser cobrada através de processo fiscal, não se convertendo em prisão sucedânea. Art. 51, do Código Penal Brasileiro - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida

3.3 Considerações parciais.

Conclui-se, até o presente momento, que responsabilidade transmitida subsidiariamente a quem ocupa posição de liderança, prevista no art. 11º, nº 9, é responsabilidade penal e que a pena de multa possui, igualmente, cunho penal. Sabendo-se do cariz penal da responsabilidade e da multa contidas no referido artigo, importa saber se há conformidade com os princípios da culpabilidade, da intransmissibilidade das penas e do *non bis idem*.

4 O art. 11º, nº 9 e sua (in)conformidade com alguns princípios constitucionais.

4.1 O art. 11º, nº 9 e sua (in)conformidade com o princípio da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade ou da culpa "é, provavelmente, a pedra angular do direito penal moderno (VENTURA, 2013, p.82)", representado pelo brocardo *nulla poena sine culpa*. O princípio de culpa está consagrado, conjugadamente, nos artigos 1º[27] e 25º, nº 1[28], da Constituição Portuguesa[29]. Ele tem forte vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, no livre desenvolvimento da personalidade e na ideia de Estado de Direito[30].

Segundo tal princípio, a pena deve ser fundada na culpa do agente pela ação ou omissão, de tal forma que represente um juízo de censura ao agente porque não agiu conforme o dever jurídico, ainda que pudesse conhece-lo e motivar-se por ele. (SANTOS, 2011, p.236).

A culpa possui dupla função: legitima a sanção penal (*Legitimation für die Strafsanktion*), pois a pena será aplicada porque o agente violou culposamente o sistema jurídico-penal e, ao mesmo tempo, funciona como barreira à sanção penal (*Strafbegrenze*), pois a pena será aplicada na medida da culpa do agente. (HIRSCH, 1994, p. 748). Portanto, "a culpa, além de ser condição de aplicação de pena é também um dos elementos que concorrem para a sua graduação". (CASTRO; SEABRA, 1940/1941, p. 2).

Não se atingiria o objetivo fundamental da pena, castigar o único culpado, mas, pelo contrário, tornar injustamente responsáveis, ou novamente responsáveis (no caso de ter havido condenação pessoal pela prática do mesmo fato) na sua maioria, os componentes do ser coletivo que nenhum conhecimento tiveram por ventura do crime, e até o procurariam evitar se estivessem em condições de o fazer.

Ao que parece, não foi levado em conta o referido na escrita do art. 11º, nº 9 do CP. Note-se que a responsabilidade subsidiária de quem ocupa posição de liderança pressupõe que, em momento anterior, tenha ocorrido a condenação do ente coletivo, em um processo criminal no qual foi estabelecida a responsabilidade penal desse ente, com a aplicação de uma multa. E a determinação em concreto da medida da pena, no correspondente processo penal, tem por base fatores exclusivamente atinentes à pessoa coletiva enquanto autora da infração, e à qual são estranhas quaisquer circunstâncias que digam pessoalmente respeito ao responsável subsidiário, como o grau de culpa ou a sua situação económica.

E o que faz o art. 11º, nº 9 do Código Penal? Deixa de punir o verdadeiro delinquente, a pessoa coletiva, para punir quem não teve a culpa aferida para tal punição!

---

ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

[27] Artigo 1.º República Portuguesa. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. (grifamos).
A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garanti

[28] Artigo 25.º Direito à integridade pessoal. 1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.

[29] Tribunal Constitucional Português, Acórdão 426/91

[30] Klaus Tiedemann explica que, antes de ter previsão expressa no direito alemão, o princípio da culpabilidade era reconhecido como pelo Tribunal Constitucional Alemão através dos princípios da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade e da ideia de Estado de direito. (TIEDEMANN, 1991, p. 147).

Consequentemente, fere também a individualização da pena, uma vez que a pena aplicada, ou melhor, transmitida à pessoa singular não está de acordo com à natureza peculiar de cada delinquente. (CARVALHO, 1934, p.64).

Por fim, importa lembrar que, conforme o manifestação do próprio Tribunal Constitucional:

> (...) o não atendimento mínimo de limites sancionatórios decorrentes do princípio da culpa abre a porta a que os princípios da igualdade e da proporcionalidade resultem também insatisfeitos, e de forma agravada, dado o desajustamento da própria moldura aplicável, prevista para infrações cometidas por pessoas coletivas. (TC, acórdão n.º 481/2010, de 9 de dezembro de 2010).

4.2 O art. 11º, nº 9 e sua (in)conformidade com o princípio intransmissibilidade das sanções penais.

A Constituição da República Portuguesa prevê a intransmissibilidade das penas, no art. 30º, nº 3[31]. Isso porque "si a offensa não recae sobre o delinquente ou si sómente o attinge indirectamente, não se dá pena". (LISZT, 1899, p. 401). O próprio conteúdo existencial da pena depende de sua aplicação a quem de fato cometeu o delito, de forma a não atingir terceiros. Isso inclusive em homenagem ao princípio da culpabilidade, pois quem teve a sua culpa de fato aferida é quem deve cumprir a pena.

Contudo, deve-se atentar que,

> Quando se diz que a pena deve recair unicamente sobre a pessoa do criminoso, de tal forma que haja uma perfeita identidade entre o delinquente e o condenado, não se pretende afirmar que seus efeitos não possam reflectir-se desfavoravelmente em relação a terceiros. Com tal princípio somente se pretende que o efeito direto, imediato da pena deve limitar-se à pessoa do criminoso, de forma que se a lei comina uma pena de prisão ou multa aplicável ao crime, unicamente aquele que praticou deve sofrê-la ou pagá-la". (grifamos). (MOREIRA, 1934, p. 50; SOUSA, 1985, p. 118).

Note-se que, a partir do momento que há aplicação de uma pena de multa, cria-se uma relação de crédito, cujo devedor é o condenado e o titular do crédito o Estado e na qual o cumprimento da sanção é o pagamento da multa. Portanto, ainda que se use eufemismos, quem paga a multa coativamente ou não, é quem de fato está a cumprir a sanção. (SOUZA, 2010, p. 11-12). Mas recorde-se que o cumprimento da sanção penal tem como finalidades a prevenção e a repressão, e não a obtenção de receitas (SOUZA, 2010, p. 11-12) [32] e que é justamente por isso que a pena deve ser cumprida pelo agente da infração penal. Ao admitir-se a transmissibilidade da pena, ainda que travestida, não se faz outra coisa que ir contra os próprios fundamentos de aplicação da pena.

Por outro lado, há quem entenda não ser possível a transposição do princípio da intransmissibilidade para o âmbito sancionatório das pessoas coletivas, seja ele penal ou outro, pelos seguintes motivos: a) não estar, de forma tão evidente, a mesma *ratio* que norteia a intransmissibilidade da responsabilidade individual, como culpa pessoal, de juízo de censura pessoal, de "sensibilidade" à pena, consequências e traduções do princípio da autodeterminação e da liberdade; b) a atuação de entes coletivos carece de sujeitos individuais, que os representam, tendo em conta uma relação jurídica. (CUNHA, 2007, p. 684).

Com a devida vênia, conforme já aludido anteriormente, caso sejam aceitos tais argumentos, cai por terra a própria responsabilidade penal da pessoa jurídica e a aplicação da pena

[31] Artigo 30.º Limites das penas e das medidas de segurança (...) 3. A responsabilidade penal é insusceptível de transmissão.
[32] No mesmo sentido, Ana Isabel Valente aduz que a finalidade das sanções penais, ainda que do direito penal secundário, é

de multa. A uma, porque há um juízo de censura pessoal à pessoa coletiva, pois se entende que ela possui liberdade de ação, porquanto é "obra de liberdade" ou realização do ser livre", sendo sim é um centro-ético de imputação penal. (DIAS, 2000, p. 56). A duas, porque, ainda que a ação do ente coletivo tenha por suporte uma ação humana para que se caracterize responsabilidade criminal da pessoa coletiva, deve ser o ato não só ser perpetrado por uma figura humana, que deve ser ou seu representante legal, ou seu mandatário, ou seu trabalhadores ou através de quem de algum modo a represente e o ato deve ser no seu interesse e por sua conta. (MEIRELES, 2008, p. 130). Em outras palavras, a pessoa coletiva possui vontade própria.

Não se trata, por isso, de uma responsabilidade por fato de outrem, mas antes de uma verdadeira responsabilidade autônoma e distinta da responsabilidade que possa ser imputada a pessoas físicas que compõem a pessoa coletiva e que pressupõe que estas entidades possam constituir objeto de censura ético-penal. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 81). E nesse sentido, a multa aplicada a pessoa coletiva em processo penal não perde o caráter de pena criminal e o seu efeito de natureza pessoalíssima, com a consequente sujeição ao princípio consagrado naquele artigo 30º, n.º 3, da Lei Fundamental.

Assim, a pessoa coletiva exime-se ao cumprimento da pena através da transferência do dever de pagar a multa para o devedor subsidiário e o Estado exonera-se, por essa via, do exercício do *ius puniendi* de que é titular. Há, objetivamente, uma transmissão de pena e põe em causa a indisponibilidade dos interesses que as reações criminais visam tutelar.

E tudo isso tem por de trás que motivação? Ao que parece nada mais do que uma garantia de pagamento do quantitativo monetário da multa, que não encerra uma censura penal, tampouco impede o ulterior exercício do direito de regresso contra a sociedade, bem como não tem para o responsável subsidiário outras consequências de natureza estritamente penal.

Portanto, são censuráveis os dispositivos legais que preveem a responsabilidade subsidiária, bem como aqueles que dizem respeito à responsabilidade solidária de terceiros. (ANTUNES, 2013, p.28).

Infelizmente, o Tribunal Constitucional Português adota a corrente, fazendo referência aos ilícitos contra-ordenacionais, de que a responsabilidade que se transmite não é contraordenacional, mas sim de natureza civilística, sendo, portanto, extensível ao ilícito penal ao qual corresponda a condenação em pena de multa. E mesmo assim, deve-se ter em conta que nem todos os crimes em que o ente coletivo é admitido como sujeito corresponde a uma contra-ordenação. Portanto, como justificar esses? E mais, por que o legislador colocaria no código penal, com igual consequência ao previsto como contra-ordenação? Não faz sentido!

Ao que parece, até poderia ser admitida a responsabilização daqueles que ocupem posição de liderança. Mas aí, não pelo pagamento da multa em si, de caráter subsidiário, mas sim pela falta de pagamento da pena de multa, caso haja culpa, mas sendo esta uma responsabilidade própria, sem caráter subsidiário. (ROTHES, 2010, p. 41). Em outras palavras, o que deveria estar em causa é a indenização por uma dano e a atuação de quem ocupe a posição de liderança por ter, culposamente, colocado o ente coletivo em situação de incumprimento de suas obrigações. (VALENTE, 2010, p.44) Até por que não há responsabilidade subsidiária penal. Mas note que a solução proposta pela reforma de 2007 é uma responsabilidade autônoma.

4.3 O art. 11^{0}, n° 9 e sua (in)conformidade com o princípio *Non bis in idem*.

O princípio do *non bis in idem* prevê que ninguém será julgado mais de uma vez pela prática do mesmo fato. Está consagrado na constituição da República Portuguesa no art. 29^{o,} n° 5[33].

Conforme já exposto, a responsabilização da pessoa coletiva ou ente equiparado depende da aferição da culpa individual dos arrolados nas alíneas "a" e "b" do n° 2 do CP. E a responsabilização criminal dos entes coletivos não exclui a responsabilização individual do agente individual (art. 11^{0}, n° 7 do Diploma Penal).

[33] Artigo 29.º Aplicação da lei criminal (...) 5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.

Assim sendo, um sujeito individual pode sofrer uma pena, com base na mesma culpa aferida individualmente, seja base para uma pena a uma pessoa coletiva. Mas, caso essa não efetue o pagamento da pena de multa e haja a transmissão subsidiária da responsabilidade pelo pagamento da referida sanção a quem ocupe posição de liderança e que já tenha sido condenado com base na sua culpa pela prática do mesmo fato, haverá duas punições ao mesmo agente pela prática dos mesmos fatos.

Ao que parece, o legislador, tentando precaver-se de que a conduta praticada pela pessoa jurídica teria a sua sanção cumprida (independentemente por quem!) trouxe como solução o seu cumprimento por outrem e que poderia inclusive já ter responsabilizado pelo mesmo fato gerador da multa à pessoa coletiva. Trouxe o mesmo recorte da vida, o mesmo pedaço da vida. (TERNEIRO, 1987, p.1024).

Portanto, ainda que se entenda que o princípio do non bis in idem implica que ninguém pode ser punido mais de uma vez pela prática do mesmo fato, ainda que seja uma fórmula tradicional e um pouco simplista, uma vez que tal princípio comporta muitas outras discussões (NIETO, 1990, p. 157), por suposto não foi levada em conta pelo legislador ao prever o n° 9^{0} do art. 11^{0} do CP.

5 Acórdão 171/2014.

Em 2014, o Tribunal Constitucional Português declarou inconstitucional a norma do Regime Geral das Infrações Tributárias que previa a responsabilidade solidária dos gerentes e administradores pelo pagamento de coimas, por violar a intransmissibilidade das penas.

Nos seguintes moldes foi a decisão

> Nestes termos, decide-se declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 8.º, n.º 7, do Regime Geral das Infrações Tributárias, na parte em que se refere à responsabilidade solidária dos gerentes e administradores de uma sociedade que hajam colaborado dolosamente na prática de infração pelas multas aplicadas à sociedade, por violação do artigo 30º, n.º 3, da Constituição. (Tribunal Constitucional Português, Acórdão n° 171/2014).

O Tribunal Constitucional considerou inconstitucional a responsabilidade solidária dos administradores e gerentes (sujeitos individuais) pelo pagamento de penas decorrentes do chamado direito penal secundário, tendo em vista que

> A norma prevê, por conseguinte, não já uma mera responsabilidade ressarcitória de natureza civil, mas uma responsabilidade sancionatória por efeito da extensão ao agente da responsabilidade penal da pessoa coletiva.
>
> Poderá dizer-se que a comunicação ao administrador ou gerente da multa aplicada à pessoa coletiva pela prática da infração corresponde a um mecanismo de garantia de pagamento do quantitativo monetário da multa, que não encerra uma censura penal, nem impede o ulterior exercício do direito de regresso contra a sociedade, nem tem para o responsável solidário outras consequências de natureza estritamente penal (cfr., neste sentido, o acórdão de uniformização de jurisprudência do STJ, de 8 de janeiro de 2014).
>
> O ponto é que nenhuma destas considerações, a manterem validade, descaracteriza o aspeto central do regime sancionatório instituído pelo n.º 7 do artigo 8º do RGIT. O que importa reter é que a pessoa coletiva exime-se ao cumprimento da pena através da transferência do dever de pagar a multa para o devedor solidário e o Estado exonera-se, por essa via, do exercício do jus puniendi de que é titular. O que consubstancia objetivamente uma transmissão de pena e põe em causa a indisponibilidade dos interesses que as reações criminais visam tutelar.

Diante dessa decisão, pode-se, analogicamente, entender que a transmissão da responsabilidade subsidiária também deve ser vedada, pois a razão fundamentadora é exatamente a mesma. Explica-se.

A responsabilidade solidária prevê uma pluralidade de sujeitos para o cumprimento unitário de uma obrigação, de forma que qualquer um dos devedores (no caso de solidariedade passiva) responde perante o credor comum pela prestação integral, cujo cumprimento a todos exonera. (COSTA, 2011, p.666-667). Assim, não há a aferição da responsabilidade individual do obrigado solidariamente frente ao credor. De maneira semelhante, quando há a transmissão subsidiária de responsabilidade, não é aferida a responsabilidade do "novo" devedor frente ao credor. Em ambas, pode o "verdadeiro" responsável pelo ato que deu causa à obrigação não responder.

Por outro lado, se o Tribunal Constitucional considerou que é aplicável ao direito penal secundário, por que não aceitar a inconstitucionalidade de normas previstas no próprio Código Penal?

Destarte, justo o entendimento, por analogia ao acórdão 171/2014, da inconstitucionalidade do art. 11, nº 9 do Diploma Penal Português.

6 Considerações finais.

Constatou-se que a transmissibilidade pelo pagamento da pena de multa através da responsabilização subsidiária de quem ocupa posição de liderança e preencha os requisitos elencados nas alíneas "a", "b" e "c", do art. 11º, nº 9, além de não atingir as finalidades da pena, vai diretamente de encontro com os princípios constitucionais da culpabilidade, da intransmissibilidade da pena e do *non bis in idem*. Consequentemente, colidem com próprio Estado de Direito. E isso, ao que parece, não é admissível.

Ainda tenha louvável intuito de recebimento de uma dívida cujo o Estado é o credor, do aumentando as receitas estatais e visando, portanto, a possibilidade de o Estado promover o bem comum, não é com base em sacrifício de direitos fundamentais que isso deve ser feito. E tampouco com o desvirtuamento dos fins das penas, que estão ligados ao agente, e não a terceiros que, através de seus atos, cumpririam a pena de outrem.

Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. A responsabilidade criminal das pessoas coletivas. in **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 66. Lisboa: 2006.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 2ª ed. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2008.

ANTUNES, Maria João. Responsabilidade criminal da pessoas coletivas e entidades equiparadas – alterações introduzidas pela Lei nº 59/2007, de 4 de setembro. in de **Direito do Consumidor**. N. 8 (2006/2007).

ANTUNES, Maria João. **Cosequências jurídicas do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal – Parte Geral. Vol. I,** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório da spessoas coletivas na revisão do código penal. in **Revista do CEJ** (separata), 1º semestre – N.º 8 (Especial) Jornadas sobre a revisão do código penal. Coimbra: Almedina, 2008.

BRAVO, Jorge dos Reis. **Direito Penal dos Entes Coletivos. Ensaio sobre a punibilidade de pessoas coletivas e entidades equiparadas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRAVO, Jorge dos Reis. Punibilidade vs. impunidade de "pessoas colectivas públicas": a regra, a excepção e os equívocos : um episódio da tensão entre "público"e o "privado". In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. ISSN 0871-8563. Ano 22, n. 3 (2012).

BRUSA, Emilio. **Sulla responsabilità delle persone morali secundo Achille Mestre**. Torino: Carlo Clausen, 1900.

CARVALHO, António Crespo Simões de. **A responsabilidade penal das pessoas coletivas**. Combra: [s. n.], 1934.

CARVALHO, José Manuel Costa Galo Tomé de. Responsabilidade penal das pessoas colectivas : do repúdio absoluto ao actual estado das coisas. In: **Revista do Ministério Público**. Ano 30, N. 118 (2009).

CASCA, Eduarda da Silva. **Direito penal:** Apontamentos das lições do Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira ao 5º ano jurídico de 1956-57, compilados por Eduarda da Silva Casca. Lisboa: Almeidina, Edição da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lismoa, 1956.

CASTRO, A. Morais e. ; SEABRA, Fernando de. **Apontamentos de direito criminal coligidos de harmonia com as prelecções magistrais do Exmo. Prof. Doutor Beleza dos Santos ao curso do 5º ano jurídico de 1940/1941**, BELEZA DOS SANTOS, LICÕES SOBRE A CULPA 1940-1941.

COSTA, José de Faria. Contributo per una legittimazione della responsabilità penale delle persone giuriche. In: **Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Fasc. 4, Ottobre-Dicembre, 1993.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CUNHA, Damião da. Artigo 30º. In: **Constituição Portuguesa Anotada**. **Tomo I**. MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. Coimbra : Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português:** Parte geral II. As consequências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo . Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico, In: **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários, I**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmatica do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. In: **Temas de direito penal econômico**. Org. PODOVAL, Roberto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal.** Parte geral. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GARCIA, M. Miguel; RIO, J.M. Castela. **Código penal.** Parte geral e especial com notas e comentários. Coimbra: Almedina, 2014.

GODINHO, Inês Fernandes. **A responsabilidade solidária das pessoas coletivas em direito penal econômico**. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

GUNSBURG, Niko; MOMMAERT, R. La responsabilité pénale des personnes Morales privées. In: **Revue Internationale de Droit Pénale**. Vol. VI. Nº 17. Rapports Présentés au Congrés de Bucarest. 1929.

HIRSCH. Hans Joachim. Das Schuldprinzip und seine Funktion im strafrecht. In: **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**. Berlin: Walter de Gruyter. Band 106, 1994.

LISZT, Fran Von. **Tratado de direito penal allemão.** Tomo I. Trad. PEREIRA, José Hygino Duarte. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

MARQUES, Hernani. Direito Criminal. **De harmonia com as preleções do Exmo.** Senhor José Beleza dos Santos, aos cursos do 4º e 5º ano jurídico de 1935-1936. Coimbra: Coimbra Editora, 1936.

MARTINEZ, José Augustin. La responsabilité pénale des persones morales. In: **Revue Internationale de Droit Pénale.** Vol. VI. Nº 17. Rapports Présentés au Congrés de Bucarest. 1929,

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 8a. ed. Rio de janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MEIRELES, Mário Pedro. A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas. In: **Jugar**, - Nº 5 - 2008 Lisboa: Julgar, 2008.

MEIRELES, Mário Pedro Seixas. **Pessoas coletivas e sanções criminais: juízos de adequação.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MESTRE, Achille. **Les personnes morales et le problem de leur responsabilité pánale.** Paris: Arthur Rosseaus, 1899.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. **Crimes Ambientais. Lei nº 9.605/90 – Novas disposições gerais penais**. 2ª ed. Campinas: CS Edições. 2004.

MOREIRA, Joaquim Alves. **Responsabilidade criminal das pessoas colectivas**. Coimbra : [s. n.], 1934,

NIETO, Alejandro. El principio do non bis in idem. In: **Revista Vasca de Administración Publica**, nº 28, 1990.

PORTUGAL. **Código Civil Português.** Lisboa, 1966.

PORTUGAL. **Código Penal Português.** Lisboa, 1986.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1976.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 481/2010.** Lisboa, 2010.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 213/95.** Lisboa, 1995.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 426/91.** Lisboa, 1991.

RIBEIRO, João Soares. Análise do Novo Regime Geral das Contra-Ordenações Laborais e Contra-Ordenações no Código do Trabalho, In: **Questões Laborai**s, Ano XI-2004, n.º 23,

ROTHES, Fransisco António Pedrosa Areal. Algumas notas em torno da questão da responsabilidade dos gestores pelas dívidas por coimas tributaries aplicadas às sociedades. In: **Colóquios AMJAFP**. Lisboa. 2010.

ROUX, M.J.-A. La responsabilité penale des personnes morales. In: **Revue Internationale de Droit Pénale**. Vol. VI. Nº 17. Rapports Présentés au Congrés de Bucarest. 1929.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel. **Noções de direito penal**. 4ª ed. Lisboa : Rei dos Livros, 2011.

SCHECAIRA. Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Isabel Marques da. **Responsabilidade fiscal penal cumulativa das sociedades e dos seus representantes**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

SILVA, Isabel Marques da. Responsabilidade subsidiária : artigo 24.º da Lei Geral Tributária. **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**. A. 1, nº 2 (2008).

SILVA, Germano Marques da. Responsabilidade penal das pessoas coletivas. Alterações ao código penal introduzidas pela lei nº 59/2007, de 4 de setembro. In: **Revista do CEJ**. Lisboa. Nº 8 Esp., sem. 1º (2008).

SILVA, Germano Marques da. **A responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009.

SOUSA, João Castro e, **As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do Chamado Direito de Mera Ordenação Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

SOUZA, Jorge Manuel Lopes de Souza. Responsabilidade subsidiária por multas e coimas aplicadas por infrações fiscais. in **Colóquios AMJAFP.**

TERNEIRO, Mário Paulo da Silva. Considerações sobre o objeto do processo penal. in **Revista da ordem dos Advogados**, Ano 47, 1987.

TIEDEMANN, Klaus. Constituición y derecho penal. Trad. ZAPATERO, Luis Arroyo. in **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 11, num. 33, 1991.

VALENTE, Ana Isabel. Intervenção III, **Colóquios AMJAFP**. Lisboa. 2010.

VENTURA, André. **Lições de direito penal**. Vol. I. Lisboa: Chiado Editora, 2013

RECEBIDO EM: 19/02/2015
APROVADO EM: 06/02/2016