

Os recentes movimentos legislativos portugueses relativos aos programas de cumprimento normativo

Um passo rumo à desresponsabilização criminal?

ANDRÉ FERREIRA DE OLIVEIRA

Resumo: No final de 2021, na sequência da Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, o legislador português introduziu importantes alterações no sistema de responsabilização jurídico-penal das pessoas coletivas, as quais entrariam em vigor a partir de 2022. Além de lhes impor obrigações no âmbito da proteção de denunciantes, criou o Regime Geral da Prevenção da Corrupção. Após a análise do modelo de imputação da responsabilidade às pessoas coletivas vigente no Código Penal português e de suas características procedimentais, bem como das modificações resultantes das Leis n^{os} 93/2021 e 94/2021, e do Decreto-lei n^o 109-E/2021, conclui-se que a existência e a operacionalização de programas de cumprimento normativo permitirão um tratamento criminal menos gravoso. Em seguida, avalia-se se essa mudança legislativa configura uma tendência a desresponsabilizar a ação ou omissão juridicamente relevantes das pessoas coletivas ou, diversamente, se ela demonstra que o legislador adotou uma postura pragmática, procurando reduzir a criminalidade empresarial e sua impunidade pela via preventiva.

Palavras-chave: responsabilidade penal da pessoa jurídica; regras de imputação; programas de cumprimento normativo; tratamento mais favorável.

The recent Portuguese legislation in the fight against corruption regarding the compliance programs: a step towards the lack of criminal liability system?

Abstract: In the end of 2021, the Portuguese Legislator enacted important adjustments regarding the legal person's criminal liability system (following the National Anticorruption Strategy 2020-2024), due to come into effect in 2022, aside from imposing them obligations regarding the whistleblowers protection. Upon analyzing the Portuguese Criminal Code criminal liability

Recebido em 1^o/2/22
Aprovado em 17/5/22

model and its procedural characteristics, we will review the changes arising from Laws 93/2021 and 94/2021 and Decree 109-E/2021. This review will allow us to conclude that the existence and operationalization of compliance programs enable a less serious criminal treatment. We will assess if these legislative changes convey an interim step towards the legal person's relevant actions or omissions criminal liability or, diversely, proves that the Legislator fosters a pragmatic posture, preventively aiming to decrease the corporate criminality and its impunity.

Keywords: legal person's criminal liability; criminal liability rules; compliance programs; favorable criminal treatment.

1 Introdução

O legislador criminal português constrói a estrutura e os procedimentos punitivos tendo como referente a pessoa física, sem deixar de regular os comportamentos das pessoas jurídicas com dignidade punitiva. Diferentemente de muitos ordenamentos, prevê um regime próprio de responsabilização de algumas pessoas jurídicas pela prática dos crimes taxativamente elencados, mediante o cumprimento de requisitos específicos.

O artigo destina-se a apresentar sumariamente o regime de responsabilidade criminal da pessoa jurídica e correspondentes reflexos substantivos e processuais, atendendo às mais recentes alterações legislativas que entrarão em vigor no decurso dos anos de 2022 e 2023, algumas das quais poderão contribuir para a severa redução das consequências jurídico-penais dos comportamentos criminosos daquelas pessoas de Direito privado, com base na existência e operacionalização de programas de cumprimento normativo.

Com esse propósito, será analisado o quadro normativo ainda vigente, fazendo-se pontualmente apelo a alguma jurisprudência portuguesa. Em seguida, serão avaliadas as alterações legais que entrarão em vigor para ponderar se o legislador português caminha, com dignidade penal, para a desresponsabilização dos comportamentos praticados pelas pessoas coletivas de Direito Privado, ou se estamos perante uma via pragmática destinada a prevenir a prática de crimes e a impor-lhes alguma repressão, especialmente no domínio da corrupção.

O sistema atualmente vigente e o estudo das alterações que resultarão das Leis n^{os} 94/2021 e 93/2021, e do Decreto-lei n^o 109-E/2021 serão analisados individual e autonomamente, seguindo-se a conclusão.

2 A responsabilidade jurídico-penal das pessoas jurídicas

No Direito português, as pessoas jurídicas dividem-se em públicas ou de Direito Público e privadas ou de Direito Privado.

Ainda que não exclusivamente, as pessoas jurídicas de Direito Público perseguem interesses públicos, são criadas por ato do Poder Público ou posteriormente reconhecidas como sujeitos de Direito Público, são regidas por estatutos de Direito Público e integradas na Administração Pública – sujeitas, pois, à jurisdição dos Tribunais Administrativos – e em regra exercem prerrogativas de autoridade em nome próprio. Entre as pessoas coletivas públicas podemos elencar as de população e território (Estado, Regiões Autónomas e Autarquias locais), os entes institucionais (institutos e empresas ou entidades públicas empresariais), os entes corporativos ou associativos (corporações territoriais, consórcios públicos e associações públicas, entidades administrativas independentes) e entes híbridos (corporações parainstitucionais e institutos paracorporativos).

Por exclusão, as restantes pessoas jurídicas serão de Direito Privado, tripartidas entre associações (de fins não lucrativos e índole cultural, social, entre outras), fundações (gerem bens visando a um fim duradouro e socialmente relevante) e sociedades (civis ou comerciais, compostas por um conjunto de pessoas agregadas na realização de uma atividade económica que visa ao lucro).

O legislador criminal português adotou um “modelo essencialmente vicarial” (SOUSA, 2019, p. 105-106), modelo de hetero-responsabilidade que funda a responsabilidade das pessoas coletivas mediadamente na responsabilidade individual de um “terceiro qualificado”, a pessoa física/jurídica que “as representam e que actuam em nome e no interesse colectivo”.

O art. 11 do Código Penal (CP) regula a imputação do fato à pessoa jurídica (sociedades civis e associações de fato, nº 5), estatuidando o seu nº 1 que apenas as pessoas físicas “são susceptíveis de responsabilidade criminal”, com as exceções estabelecidas no nº 2 e seguintes (PORTUGAL, [2021d]).

O nº 2 começa por excluir a possível responsabilidade criminal do “Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público” (PORTUGAL, [2021d])¹, limitando a responsabilidade às pessoas jurídicas de Direito Privado (e às quais não foram outorgadas quaisquer atribuições públicas). Meireles (2008, p. 125-127) critica esse privilégio por atentatório

¹“A exclusão de responsabilidade prevista no art. 11º 2 CP só é concedida às pessoas colectivas, que em relação ao concreto acto, tenham actuado no exercício de prerrogativas de poder publico (*ius imperii*)” (PORTUGAL, 2018). A expressão *personas coletivas* é a designação legal de pessoa jurídica em Portugal.

do princípio da igualdade, “na sua vertente de proibição do arbítrio”, inscrito no art. 13º da Constituição da República Portuguesa (PORTUGAL, [2005]), não sendo sequer aceitável o argumento da “problemática [...] aplicação das penas principais previstas – de multa ou de dissolução”.

Além de especificar taxativamente os crimes² pelos quais a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada, a mesma norma determina que esses crimes têm que ser cometidos

² Arts. 144º-B (“Tráfico de órgãos humanos”), 152º-A (“Maus tratos”), 152º-B (“Violação de regras de segurança”), 159º e 160º (“Escravidão” e “Tráfico de pessoas”), 163º a 166º, sendo a vítima menor (“Coacção sexual”, “Violação”, “Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência” e “Abuso sexual de pessoa internada”), 168º e 169º (“Procriação artificial não consentida” e “Lenocínio”), 171º a 176º (“Abuso sexual de crianças”, “Abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável”, “Actos sexuais com adolescentes”, “Recurso à prostituição de menores”, “Lenocínio de menores” e “Pornografia de menores”), 203º a 205º (“Furto”, “Furto qualificado” e “Abuso de confiança”), 209º a 211º (“Apropriação ilegítima em caso de acesso ou de coisa ou animal achados”, “Roubo” e “Violência depois da subtração”), 217º a 223º (“Burla”, “Burla qualificada”, “Burla relativa a seguros”, “Burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços”, “Burla informática e nas comunicações”, “Burla relativa a trabalho ou emprego” e “Extorsão”), 225º (“Abuso de cartão de garantia ou de cartão, dispositivo ou dados de pagamento”), 231º e 232º (“Receptação” e “Auxílio material”), 240º (“Discriminação e incitamento ao ódio e à violência”), 256º (“Falsificação ou contrafacção de documento”), 258º (“Falsificação de notação técnica”), 262º a 283º (“Contrafacção de moeda”, “Depreciação do valor de moeda metálica”, “Passagem de moeda falsa de concerto com o falsificador”, “Passagem de moeda falsa”, “Aquisição de moeda falsa para ser posta em circulação”, “Títulos equiparados a moeda”, “Contrafacção de valores selados”, “Contrafacção de selos, cunhos, marcas ou chancelas”, “Pesos e medidas falsos”, “Incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas”, “Energia nuclear”, “Incêndio florestal”, “Instrumentos de escuta telefónica”, “Infracção de regras de construção, dano em instalações e perturbação de serviços”, “Danos contra a natureza”, “Violação de regras urbanísticas”, “Actividades perigosas para o ambiente”, “Poluição”, “Poluição com perigo comum”, “Perigo relativo a animais ou vegetais”, “Corrupção de substâncias alimentares ou medicinais” e “Propagação de doença, alteração de análise ou recetivário”), 285º (“Agravação pelo resultado”), 299º (“Associação criminosa”), 335º (“Tráfico de influência”), 348º (“Desobediência”), 353º (“Violação de imposições, proibições ou interdições”), 363º (“Suborno”), 367º (“Favorecimento pessoal”), 368º-A (“Branqueamento”) e 372º a 376º (“Recebimento ou oferta indevidos de vantagem”, “Corrupção passiva”, “Corrupção activa”, “Peculato” e “Peculato de uso”) (PORTUGAL, [2021d]).

a) Em seu nome ou por sua conta e no seu interesse direto ou indireto por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança³; ou

b) Por quem aja em seu nome ou por sua conta e no seu interesse direto ou indireto, sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior, em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem⁴ (PORTUGAL, [2021d]).

Especifica o n.º 4 (PORTUGAL, [2021d]) que ocupam “posição de liderança” não apenas os órgãos e representantes da pessoa jurídica mas também as pessoas singulares que tiverem autoridade para exercer o controlo da atividade da pessoa jurídica, ou seja, tanto aqueles que detenham a titularidade (jurídica) dos órgãos de gestão ao abrigo do Direito Comercial quanto aqueles que, ainda que não satisfaçam esse requisito legal, detenham o poder fático tomando

³ “Não se verificam os pressupostos para a atribuição de responsabilidade penal a pessoa colectiva numa situação [...] em que se conclui dos factos provados que o crime [...] não foi cometido por pessoa que ocupe liderança na pessoa colectiva, pois que o arguido não é órgão nem representante da sociedade, nem tem autoridade para exercer o controlo (fiscalização) da actividade da pessoa colectiva. [...] o arguido era um mero trabalhador, que na altura da prática dos factos desempenhava funções de chefia na equipa que laborava no terreno e, por outro lado, embora tenha cometido o ilícito enquanto trabalhava em nome e no interesse da pessoa colectiva, não se provou [...] que a prática do crime só ocorreu em virtude de uma violação, por parte do líder, dos seus deveres de controlo e supervisão” (PORTUGAL, 2017). Estatui Meireles (2008, p. 130) que “[d]eve-se [...] considerar que a pessoa colectiva [...] deve ter agido através dos seus representantes legais, dos seus mandatários, trabalhadores ou através de quem de algum modo a represente e que tenham agido no seu interesse e por sua conta – devendo, neste sentido, englobar-se quem colabore com a actividade da pessoa colectiva, mesmo que não tenha um vínculo formal em relação a ela”.

⁴ Na alínea a) é previsto um puro modelo de *hetero-responsabilidade*, ao passo que na alínea b) é punida a deficiente organização pela violação de deveres de vigilância e controlo por quem detém papel qualificado na pessoa coletiva – um misto de *hetero-responsabilidade* e culpa por defeito de organização (semelhantemente ao regulado no Direito Penal para as pessoas singulares/físicas com a punição da autoria mediata/coautoria, concretizando-se a culpa num juízo de censura à pessoa coletiva por não ter antecipadamente assumido as devidas precauções e terem em seu nome e no seu interesse sido praticados fatos ilícitos típicos) (SOUSA, 2019, p. 106-107).

as decisões relativas à condução dos destinos societários.

Será a responsabilidade das pessoas jurídicas excluída quando o concreto agente singular haja atuado “contra ordens ou instruções expressas de quem de direito” (nº 6); sendo responsáveis, não é excluída a responsabilidade das pessoas físicas que praticam o crime, dela não dependendo (nº 7). A responsabilização criminal da pessoa jurídica não elimina automaticamente a responsabilidade da pessoa física, nem é imprescindível que a pessoa física (“qualificada”) tenha que ser punida para que o seja também a pessoa jurídica (PORTUGAL, [2021d]).

Embora possam vir a gozar do direito de regresso, quem ocupe “posição de liderança” é subsidiariamente (e solidariamente, nº 10) responsável pelo pagamento da pena de multa (e indenizações) à qual venha a ser condenada a pessoa jurídica (nº 9) por 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 (PORTUGAL, [2021d]).

A responsabilidade criminal também é imputada à pessoa jurídica, *ex vi* art. 3º, nº 1, da Lei nº 50/2007, de 31 de agosto (“Regime de responsabilidade penal por comportamentos antidesportivos”) (PORTUGAL, [2021i]), pelos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, tráfico de influência, oferta ou recebimento indevidos de vantagem e associação criminosa. O mesmo se verifica nos termos do art. 4º da Lei nº 20/2008, de 21 de abril (“Responsabilidade pe-

nal por crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada”) (PORTUGAL, [2021g]), relativamente aos crimes de corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional, corrupção passiva no setor privado e corrupção ativa no setor privado.

3 Alterações legais

O legislador criminal português constrói a arquitetura normativa em torno da responsabilidade penal das pessoas singulares, adaptando os procedimentos à fisicalidade dos arguidos⁵, o que provoca uma série de engulhos lógicos quando se mostra necessário reprimir os comportamentos criminosos das pessoas jurídicas.

Não obstante, reconhece o legislador luso que tais pessoas jurídicas são titulares de direitos, nomeadamente no âmbito criminal – seja substantivo, seja processual –, contanto que tais direitos e prerrogativas legais se mostrem compatíveis com a virtualidade jurídica⁶.

Segundo Antunes (2020, p. 62-63), existem “princípios estruturais do processo penal que são independentes da natureza singular ou coletiva da pessoa arguida [...] A razão da equivalência de estatutos [...] decorre [...] da garantia de um processo penal com determinada estruturação”.

Em novembro de 2021, a República Portuguesa aprovou dois diplomas de relevo na prevenção e repressão da corrupção, promulgados pelo presidente da República a 9/12/2021

⁵ Reconhece a própria doutrina a premente necessidade de normas específicas para as pessoas jurídicas: *v.g.*, “cabe ao legislador desenhar e sancionar o trajeamento basilar do direito processual penal das pessoas coletivas” (ANDRADE, 2009, p. 104).

⁶ “É doutrinariamente aceite que, embora os direitos-garantia consagrados no artigo 32º sejam eminentemente pessoais, faz sentido estendê-los às pessoas coletivas que possam ser responsabilizadas criminalmente, sem que isso signifique que valham exatamente nos mesmos termos” (SILVA, 2018, p. 50).

(PRESIDENTE..., 2021), com impacto direto na responsabilidade jurídico-criminal das pessoas coletivas e relacionados com a temática da conformidade normativa (*compliance*).

O primeiro diploma é o Decreto da Assembleia da República (DAR) nº 212/XIV/3 (PORTUGAL, 2021a), publicado sob a forma da Lei nº 93/2021, de 20 de dezembro (PORTUGAL, 2021j), para entrar em vigor “180 dias após a sua publicação” – 18 de junho de 2022 – e estabelece um “regime geral de proteção de denunciadores⁷ de infrações, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho [...] relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do Direito da União”, com origem na Proposta de Lei (Governo) nº 91/XIV/2 (PORTUGAL, 2021m), conjugada com três distintos Projetos de Lei.

O art. 8º estatui a “Obrigação de estabelecer canais de denúncia interna” abrangendo as sociedades comerciais [e “pessoas coletivas, incluindo o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público”] “que empreguem 50 ou mais trabalhadores”. Àquelas que “empreguem entre 50 e 249 trabalhadores” [e “sucursais situadas em território nacional de pessoas coletivas com sede no estrangeiro”] é permitida a partilha de recursos “no que respeita à receção de denúncias e ao respetivo seguimento”, n.ºs 1 e 2 (PORTUGAL, 2021j).

Não obstante a referência a “trabalhadores”, considera-se que o trecho da norma deverá ser

⁷Nos termos do art. 5º, “[a] pessoa singular que denuncie ou divulgue publicamente uma infração com fundamento em informações obtidas no âmbito da sua atividade profissional, independentemente da natureza desta atividade e do setor em que é exercida”, podendo como tal ser considerados “[o]s trabalhadores do setor privado, social ou público; [...] Os prestadores de serviços, contratantes, subcontratantes e fornecedores, bem como quaisquer pessoas que atuem sob a sua supervisão e direção; [...] Os titulares de participações sociais e as pessoas pertencentes a órgãos de administração ou de gestão ou a órgãos fiscais ou de supervisão de pessoas coletivas, incluindo membros não executivos; [...] Voluntários e estagiários, remunerados ou não remunerados” (PORTUGAL, 2021j).

objeto de interpretação extensiva, de modo a abranger também prestadores de serviços, mesmo que a título experimental, estagiários ou temporários.

Todavia, são obrigadas a dispor de canais próprios de denúncia interna as sociedades comerciais [e “sucursais situadas em território nacional de pessoas coletivas com sede no estrangeiro”], independentemente do número de colaboradores, “que estejam contempladas no âmbito de aplicação dos atos da União Europeia referidos na parte i.B⁸ e ii⁹ do anexo da Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho” (PORTUGAL, 2021j).

Os canais de denúncia interna (art. 9º) deverão garantir a segurança da apresentação e do seguimento da denúncia, conservando a sua integridade, confidencialidade e anonimato (do denunciante e das informações que “permitam deduzir a sua identidade”). Embora devam ser operados internamente, podem sê-lo externamente, todavia apenas para receção das denúncias e desde que atuem de forma independente e imparcial, garantindo as mencionadas obrigações (PORTUGAL, 2021j).

Deve ser permitida aos trabalhadores a apresentação da denúncia anónima por escrito ou verbalmente ou com a identificação do denun-

⁸“Serviços financeiros e mercados de capitais, serviços bancários, crédito, investimento, seguros e resseguros, produtos individuais e profissionais de reforma, títulos, fundos de investimento, serviços de pagamento” (v.g., “instituições de moeda eletrónica”, “fundos de investimento alternativos”, “fundos de capital de risco”, “fundos europeus de empreendedorismo social”, “mercados de instrumentos financeiros”, “atividade de seguros e resseguros”, “instituições de crédito e empresas de investimento”, “instituições de crédito, empresas de seguros e empresas de investimento de um conglomerado financeiro”, “sistemas de garantia de depósitos”, “sistemas de indemnização dos investidores”) (UNIÃO EUROPEIA, 2019).

⁹“Serviços, produtos e mercados financeiros, e prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo” (v.g., “instituições de realização de planos de pensões profissionais”, “instituições de crédito e empresas de investimento”); “segurança dos transportes”; “proteção do ambiente” (“segurança das operações offshore de petróleo e gás”) (UNIÃO EUROPEIA, 2019).

ciante. Sendo a denúncia verbal admissível, será permitida a apresentação telefônica, por sistema de mensagem de voz ou em reunião presencial se pedida pelo denunciante. Em qualquer das modalidades, é o denunciante notificado até 7 dias pelas “entidades obrigadas” na receção da denúncia e informado “de forma clara e acessível” dos requisitos (PORTUGAL, 2021j).

Aquelas entidades verificam as alegações denunciadas (se possível, cessam a infração) e abrem inquérito interno ou informam a autoridade competente para investigar a infração. Comunicam ao denunciante e fundamentam as medidas adotadas para seguimento até 3 meses após a sua receção.

É proibida a retaliação contra o denunciante. Considera-se retaliação qualquer omissão ou ato (ameaça ou tentativa) que, direta ou indiretamente, em contexto profissional e motivado pela denúncia, cause ou possa causar injustificadamente danos patrimoniais ou não patrimoniais. Além da proteção jurídica, o denunciante pode beneficiar-se de medidas de proteção a testemunhas e, cumpridas as determinações legais, a denúncia não fundamentará responsabilidade disciplinar, contraordenacional, criminal ou civil.

Nos termos do art. 27º (PORTUGAL, 2021j) é considerada contraordenação muito grave, punida com coima entre €10.000 e €250.000¹⁰, o impedimento de apresentação ou seguimento da denúncia, prática de atos retaliatórios, o não cumprimento do dever de confidencialidade ou a comunicação ou divulgação pública de informações falsas. Será contraordenação grave, punida com coima entre €1.000 e €12.500¹¹, inexistir canal de denúncia interna quando devido, existir canal interno (ou canal externo) sem cumprimento dos deveres conexos de análise e tratamento da denúncia. A negligência ou a tentativa de negligência são punidas com a redução à metade dos limites máximos das coimas, processadas e aplicadas pelo Mecanismo Nacional Anticorrupção (PORTUGAL, 2021f, 2021j).

O DAR nº 213/XIV/3 (PORTUGAL, 2021b) – que aprovou o Texto de Substituição da Proposta de Lei nº 90/XIV/2 (Governo da República)¹², publicado no Diário da República sob a Lei nº 94/2021, de 21 de dezembro (PORTUGAL, 2021k), tem em sua origem a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 (ENAC) (PORTUGAL, [2020b]), assente na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024 (ENCC) (PORTUGAL, [2020c]). Entrando em vigor a 21/1/2022, além do combate à corrupção no setor público, impõe a entidades públicas (mesmo

¹⁰ Coima entre €1.000 e €25.000, no caso de pessoa física.

¹¹ Coima entre €500 e €12.500, no caso de pessoa física.

¹² Prevê que “[o] uso dos vocábulos ‘adoção’ e ‘implementação’ visa deixar claro que não basta conceber um programa, havendo que aplicá-lo na prática” (PORTUGAL, 2021l, p. 9).

não empresariais) a avaliação de riscos, programas de conformidade, canais de denúncia e prevê medidas para “comprometer o setor privado na prevenção, detecção e repressão da corrupção”.

Segundo Rodrigues (2020, p. 85-100, grifos do autor), os programas de cumprimento normativo (*compliance*) não surgem para potenciar comportamentos limites ou fugir à responsabilidade jurídica, antes para identificar os comportamentos proibidos e impedir a sua efetivação, pois a potencial aplicação de sanções criminais constitui forte estímulo à adoção de mecanismos de controlo eficazes e à retoma de controlo da atividade económica e conformidade ético-legal, evitando (na medida do possível) a lesão de bens jurídicos e a violação dos direitos humanos. Em suas palavras,

a prevenção da ofensa a bens jurídicos e a proteção de direitos humanos torna-se um *dever* e uma *responsabilidade* para as empresas e logra um sentido *socializador*. Pode mesmo falar-se em *socialização dos tempos modernos*, em face de uma criminalidade empresarial transnacional também dos tempos modernos.

A Estratégia Nacional Anticorrupção (ENAC) manteve as previsões da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (ENCC) praticamente inalteradas e, visando “comprometer o setor privado” no “desígnio nacional” da luta contra a corrupção, estabelece medidas na área da prevenção e nas áreas de detecção e repressão. Na primeira delas torna “obrigatório, nas grandes e médias empresas, a adoção e implementação de programas de cumprimento normativo”¹³ e prevê consequências para a sua não adoção. Ademais, atribui “relevância substantiva e adjetiva à adoção ou aperfeiçoamento” dos programas no domínio da responsabilidade jurídico-criminal das pessoas coletivas. Nas áreas da detecção e repressão da corrupção pretende-se fomentar “elevados padrões éticos na gestão das empresas e na sua relação entre si e com o Estado”, melhorando o ambiente de negócios (PORTUGAL, [2020b], p. 71).

Atribui-se às pessoas jurídicas (empresas) um papel central de defesa e promoção da ética, cabendo-lhes impor elevados padrões *top-to-bottom* para combater o fenómeno da corrupção. Consideram-se os programas de cumprimento normativo (“autorregulação regulada”) sinais claros desse envolvimento, por permitirem eficazmente prevenir, detetar e reprimir a corrupção. Para esse efeito devem ser obrigatórios nas “em-

¹³ Corrigindo uma deficiência denotada pela doutrina: “falta, entre nós [...] normas expressas sobre a relevância substantiva e adjetiva dos programas de compliance [...] A inexistência [...] de contrapartidas ao nível da determinação e atenuação da pena [...] terá contribuído também [...] para que as pessoas coletivas que têm vindo a ser constituídas arguidas tenham vindo a aceitar uma posição processual ‘por ricochete’” (ANTUNES, 2020, p. 12).

presas de grande e média dimensão”, e previstas “consequências para a sua não adoção (por exemplo, a não satisfação de condição de acesso a procedimento de contratação pública [...] e o estabelecimento de sanções contraordenacionais)”, cabendo uma definição legal uniformizadora “por via de lei que prescreva o seu conteúdo” (PORTUGAL, [2020b], p. 36-37).

Os Programas de Cumprimento Normativo (PCN) são incentivados pela isenção de responsabilidade ou atenuação da gravidade da punição, sem alteração do modelo de imputação do fato à pessoa jurídica estatuído no art. 11º do CP¹⁴, embora a norma haja sido modificada.

A Lei nº 94/2021 (PORTUGAL, 2021k) alterou não apenas o corpo do nº 2 e suas duas alíneas como também o nº 4, que amplia o âmbito de sujeitos que ocupam posição de liderança (donde a potencial responsabilidade penal da pessoa jurídica) e nele incluiu os “membros não executivos do órgão de administração e os membros do órgão de fiscalização”, ou seja, a pessoa jurídica também poderá ser responsabilizada quando os crimes catalogados forem cometidos por pessoas (físicas) que não têm poderes fáticos de direção (embora pertençam ao órgão legal ou estatutariamente competente), ou nem sequer detêm poderes jurídicos de direção (nos termos do Direito Comercial), mas podem ser identificados por quem interaja com a pessoa jurídica como pertencentes a seus “órgãos dirigentes”, o que gera a ideia de vinculatividade.

O corpo do nº 2 expande o conjunto de crimes pelos quais poderá vir a ser criminalmente responsabilizada a pessoa jurídica¹⁵, passando a (formalmente) prever também os crimes de “Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos” e “Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários” (arts. 150º e 156º do CP); “Organização de viagens para fins de turismo sexual com menores” (art. 176º-B); “Dano”, “Dano qualificado”, “Dano com violência”, “Usurpação de coisa imóvel” e “Alteração de marcos” (arts. 212º a 216º); “Usura” (art. 226º); “Falsidade de depoimento ou declaração” (art. 359º) e “Participação económica em negócio” (art. 377º) (PORTUGAL, [2021d]).

As alíneas a) e b) “apertam a malha punitiva” ao abarcar mais comportamentos de quem ocupa posição de liderança, para punir os crimes catalogados quando são praticados em nome da pessoa jurídica e também “por sua conta”, seja no seu interesse “direto ou indireto”; isto é, será passível de punição o crime que não beneficiar automática e imediatamente a

¹⁴ Não deixa de ser mencionada a relevância dos canais de denúncia, assinalando-os como “instrumento da maior relevância na prevenção da corrupção entre privados”, ultrapassando a opacidade dos fenómenos corruptivos e os “pactos de silêncio” e “promovendo os valores da transparência e da integridade” (PORTUGAL, [2020b], p. 39, 54-55).

¹⁵ Ao abrigo do regime jurídico prévio à Lei nº 94/2021, mantém-se a indagação de Meireles (2008, p. 128-129) quanto ao motivo pelo qual o legislador excluiu o(s) crime(s) de homicídio(s) doloso e culposo, que protege o bem jurídico mais relevante.

pessoa jurídica, mas tiver sido praticado por sua conta por quem detenha “posição de liderança”.

Também se punem os crimes taxativamente elencados quando, embora não praticados por quem detém posição de liderança, esteja em causa uma atuação de outrem em nome ou por conta da pessoa jurídica e “no seu interesse direto ou indireto” sob a autoridade daquela e houver “violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhe incumbem” (PORTUGAL, [2021d]).

Também no que concerne às alterações introduzidas no CP (ademais dos arts. 90^o-A e seguintes), a Lei n^o 94/2021 (PORTUGAL, 2021k) estabelece uma tripartição da natureza das penas passíveis de serem aplicadas à pessoa jurídica, divisando-as em penas principais, penas acessórias e penas de substituição. São mantidas como penas principais as de multa ou dissolução (art. 90^o-A, n^o 1) e como penas acessórias as de “injunção judiciária”, “interdição do exercício de actividade”, “proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades”, “privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos”, “encerramento de estabelecimento” e “publicidade da decisão condenatória” (n^o 2, a) a f)). O n^o 3, a) a c), prevê em alternativa (substituição) à pena de multa a “admoestação”, a “caução de boa conduta” e a “vigilância judiciária” (PORTUGAL, [2021d])¹⁶.

O Código de Processo Penal (CPP) sofreu bastantes alterações, de modo a comportar a procedimentalização da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, que pode ser constituída

¹⁶ Ao abrigo do regime anterior, para Meireles (2008, p. 132) “teria sido mais profícuo enunciar, como penas principais, não só a pena de multa e a pena de dissolução, como também as penas de caução de boa conduta [...] vigilância judiciária [...] proibição de celebrar contratos [...] privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos [...] interdição do exercício de actividade [...] encerramento do estabelecimento [...] e a publicidade da sentença condenatória [...], permitindo a sua cumulação (excepto, naturalmente, com a pena de dissolução, que só poderia ser cumulável com a pena da publicidade da sentença condenatória)”.

arguida¹⁷ e ser representada (seus direitos e deveres processuais exercidos e cumpridos (art. 61^o, n^o 7)) por quem designe, mas nunca a pessoa física arguida “relativamente aos factos que são objeto do processo” (art. 57^o, n^o 9)¹⁸ ou, na sua falta, pela pessoa física designada legalmente (n^o 4^{19 20}) (PORTUGAL, [2021e]).

A pessoa jurídica é constituída arguida por comunicação ao representante, que posteriormente estará impedido de depor como testemunha (art. 133^o, n^o 1, e)), podendo recusar-se a depor como tal qualquer membro de órgão que não seja o representante (art. 134^o, n^o 1, c)) quando corra contra ele inquirido por fundada suspeita da prática de crime e sejam prestadas declarações perante autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal (OPC), quando lhe seja aplicada medida de coação²¹ ou garantia

¹⁷ A Procuradoria-Geral da República, órgão máximo do Ministério Público português, havia já reconhecido na Circular n^o 2/2011 (que revogou a Circular n^o 1/2009, de 19 de janeiro) que, existindo fundadas suspeitas de crime imputável a pessoa coletiva, deveria o OPC ser instruído para proceder à constituição de arguida daquela “através dos seus atuais representantes legais” (PORTUGAL, 2011).

¹⁸ O consentimento para a realização de revistas e buscas só pode ser colhido do representante da pessoa coletiva, art. 174^o, n^o 6.

¹⁹ Ao abrigo do prévio regime legal, para Antunes (2020, p. 78-80), “[a] liberdade que é dada à pessoa coletiva arguida para designar quem a representa no processo penal pode ser limitada para obstar à confusão entre a qualidade de representante da pessoa coletiva e a qualidade de [...] arguido no mesmo processo”, visto que tal opção “acautelará à partida conflitos potenciais de interesses, mas poderá redundar em prejuízos para a defesa da pessoa coletiva”.

²⁰ Em caso de cisão ou fusão da pessoa jurídica, a apresentação cabe “aos representantes das pessoas cindidas” ou “ao representante da pessoa fundida”, n^{os} 6 e 7, cabendo a representação ao “representante à data da extinção ou da declaração de insolvência” nos casos de extinção e declaração de insolvência da pessoa jurídica (até ser encerrada a liquidação), n^o 8 (PORTUGAL, [2021e]).

²¹ “Quanto às medidas de coação, a necessidade de normas específicas é algo que é apontado de imediato, tanto mais quanto há medidas de coação cuja aplicabilidade às pessoas coletivas está excluída à partida. É o que acontece com a obrigação de apresentação periódica, a proibição e imposição de condutas, a obrigação de permanência na habitação e a prisão preventiva. [...] No direito vigente, a falta de lei ou de decreto-lei autorizado ergue-se como obstáculo intransponível à aplicação de quaisquer medidas

patrimonial, ou lhe for comunicado auto de notícia que o aponte como autor de crime, exceto se manifestamente infundado (art. 58º, nºs 3 e 1, a), b) e d)) (PORTUGAL, [2021e]).

Se durante a inquirição do representante da pessoa jurídica surgir a fundada suspeita de que ela tenha praticado crime e não tiver ainda sido constituída arguida, deve a autoridade judiciária/OPC que procede ao acto suspendê-lo imediatamente e proceder à comunicação de que doravante se deverá constituir arguida e, sendo necessário, indicar-lhe seus direitos e deveres processuais, podendo a pessoa jurídica pedir tal constituição “sempre que estiverem a ser efectuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente a afectem” (art. 59º, nºs 1 a 3) (PORTUGAL, [2021e])²².

Pode ser judicialmente imposta pelo Juiz de Instrução Criminal (JIC) caução à pessoa jurídica (art. 197º, nº 4), e seu valor será fixado considerando as finalidades cautelares visadas, a gravidade do crime imputado, o dano causado e a condição socioeconómica da arguida (nº 3). Estando a pessoa jurídica impossibilitada ou em graves dificuldades ou na inconveniência de prestar a caução (nº 2), essa medida pode ser substituída por outra de coação²³, que não a prisão preventiva ou a obrigação de permanência na habitação, que se acrescerá a outras medidas de coação já impostas (PORTUGAL, [2021e]).

Nos termos do art. 199º, nº 3, pode o JIC impor como medida de coação a

suspensão do exercício de atividades, da administração de bens ou emissão de títulos de crédito, do controlo de contas bancárias, do direito de candidatura a contratos públicos e do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados pelo Estado, regiões autónomas, autarquias locais e demais pessoas coletivas públicas (PORTUGAL, [2021e]).

O JIC pode também proibir contatos, a aquisição ou uso de certos objetos, a obrigação de entrega de objetos (art. 200º, nº 7). Afora o termo de identidade e de residência, qualquer medida de coação pode ser aplicada à pessoa jurídica para não haver “perigo de perturbação do inquérito ou da instrução do processo ou perigo de continuação da atividade criminosa”, podendo ser suspensa a medida de coação em virtude de redução do “perigo de continuação da atividade criminosa” por adoção e implementação de PCN (art. 204º, nºs 2 e 3) (PORTUGAL, [2021e]).

Por fim, cabe menção ao aditamento do art. 6º-A à Lei nº 34/1987 (“Crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos”), de 16 de julho: “[as] pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público” são responsáveis pelos crimes de oferta indevida de vantagem e corrupção ativa de “titular de cargo político” ou de “alto cargo público” (PORTUGAL, 2021k).

4 Limitação de responsabilidade criminal?

No âmbito processual, o art. 9º, nºs 3 e 4, da Lei nº 36/1994, de 29 de setembro (“Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira”) (PORTUGAL, [2021h]), estabelece (e com isso concorda-se) que pode a arguida pessoa jurídica ter seu processo provisoriamente

de coação a pessoas coletivas arguidas²³, excluindo o termo de identidade e residência (ANTUNES, 2020, p. 28, 86).

²² Face ao art. 64º, a pessoa jurídica é obrigatoriamente assistida por defensor nos interrogatórios feitos por autoridade judiciária, debate instrutório, audiência de julgamento, recursos ordinários e extraordinários, declarações para memória futura ou, a pedido do Tribunal ou arguida, “sempre que as circunstâncias do caso revelarem a necessidade ou a conveniência” da assistência (PORTUGAL, [2021e]).

²³ As pessoas jurídicas podem também ser aplicadas, como medidas de garantia patrimonial, a caução económica e o arresto preventivo, arts. 227º, nº 6, e 228º, nº 7.

suspensão (fases de inquérito ou instrução, e)) pelo Ministério Público (MP) com a aquiescência do Juiz de Instrução (JIC), mediante a injunção de adotar ou implementar PCN “adequado a prevenir a prática de crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem ou de corrupção”. Tal injunção impedirá o prosseguimento dos autos com a dedução de acusação ou impedirá a realização de julgamento e, cumprida que seja (*ex vi* arts. 282º, nº 3, e 307º, nº 2), o MP “arquiva o processo, não podendo ser reaberto” (PORTUGAL, [2021e]).

Em outros termos, exercendo o MP a (mera) faculdade²⁴ de suspender provisoriamente o processo quando estejam em causa os crimes de corrupção ou recebimento indevido de vantagem, caso seja adotado e implementado PCN que se mostre adequado a prevenir a prática futura dos crimes sob investigação, poderá a arguida não ser sujeita a sanção criminal. Uma vez que a suspensão provisória do processo não contém qualquer decisão judicial (de mérito), mantém-se a sua presunção de inocência.

Apenas em inquéritos pelos crimes de corrupção, recebimento ou oferta indevidos de vantagem e “criminalidade económico-financeira”²⁵, admite-se que seja oponível à pessoa jurídica, para efetivação da suspensão provisória do processo (art. 281º, nº 3, CPP) (PORTUGAL, [2021e])²⁶, a injunção de “adotar ou implemen-

tar ou alterar” PNC “com vigilância judiciária” adequado a prevenir que os crimes sejam praticados. Para a prevenção da prática de crimes da mesma natureza ou significativa diminuição do risco da sua ocorrência, além desses programas podem ser impostas as injunções e regras de conduta de indemnização do lesado ou sua adequada satisfação moral; a entrega ao “Estado, a instituições privadas de solidariedade social, associação de utilidade pública ou associações zoófilas legalmente constituídas certa quantia ou efetuar prestação de serviço de interesse público” (PORTUGAL, [2021e]); a proibição de ter em seu poder animais, coisas ou objetos que facilitem a prática de outro crime ou qualquer outro comportamento que o caso exija (nº 11).

As alterações quiçá com maior impacto na responsabilidade jurídico-criminal sancionatória das pessoas jurídicas são em nível substantivo, previstas nos arts. 90º-A e seguintes do CP.

Nos termos do art. 72º, nº 1, do CP, fora dos normativos que expressamente prevejam a possibilidade de atenuação especial, pode a atenuação ter lugar “quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele” que provem existir uma acentuada diminuição da “ilicitude do facto [...], culpa do agente ou [...] necessidade da pena”. Essa atenuação especial (*ex vi* art. 73º, nº 1, c) do CP) pode excluir as previsões restantes (à pessoa coletiva não é aplicável a pena de prisão) e traduzir-se na redução de 1/3 do “limite máximo da pena de multa [...] e o limite mínimo reduzido ao mínimo legal” (PORTUGAL, [2021d])²⁷.

²⁴ Não poder-dever, contrariamente ao previsto no regime geral do CPP.

²⁵ Crimes de “Recebimento ou oferta indevidos de vantagem, corrupção, peculato e participação económica em negócio”; “Administração danosa em unidade económica do sector público”; “Fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito”; “Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática”; e “Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional” (PORTUGAL, [2021h]).

²⁶ Ultrapassando uma falha doutrinariamente reconhecida: “a ausência das pessoas coletivas do regime legal tem por consequência imediata a não aplicação do instituto da suspensão provisória do processo ou, em alternativa, uma aplicação muito forçada e dificilmente compatível com a racionalidade e a intencionalidade do regime” (SOUSA,

2019, p. 18). Meireles (2008, p. 137) considera que, no regime prévio à Lei nº 94/2001, não era mobilizável o arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280º, CPP), pois os crimes catalogados não admitem a dispensa de pena, nada impedindo seja aplicada às pessoas coletivas a suspensão provisória do processo.

²⁷ A pena de multa tem a duração mínima de um mês, correspondendo cada mês de pena de prisão a 10 dias de pena de multa e cada dia de multa a uma quantia de €100 a €10.000, com a concreta medida fixada em função “da

O fato de a arguida pessoa jurídica, antes de praticar o crime (“circunstância anterior ao crime”), ter adotado e implementado PCN “adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie” (art. 90º-A, nº 4, CP) conduzirá o Tribunal a atenuar a pena de multa, reduzindo-a em 1/3 nos limites máximo ou aplicá-la pelo mínimo (€50). A nova redação legal não cria uma mera faculdade (“pode”) ou um poder-dever (“deve”), antes fixa uma obrigação (“atenua”) a cumprir se preenchidos os critérios legais determinados pelo art. 72º, nº 1, CP (PORTUGAL, [2021d]). Assim, por exemplo, se, antes da prática do dano qualificado punido com pena de prisão cujo abstrato limite máximo é de 5 anos, a pessoa jurídica tiver adotado e implementado PCN, preenchidos os critérios legais do art. 72º do CP, a pena cabível seria determinada entre €1.000 (mínimo legal) e €4.000.000 (5 anos de prisão x 12 meses x 10 dias x €10.000, com redução de 1/3).

Conforme o estabelecido no nº 6 do art. 90º-A do CP, substituir-se-á a pena de multa por “pena alternativa” (de substituição) quando esta realizar “de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”²⁸, e a arguida haja adotado ou implementado PCN adequado à prevenção da “prática do crime ou de crimes da mesma espécie” (PORTUGAL, [2021d]).

Não tendo “ainda adotado e implementado” PCN “adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie” (PORTUGAL, [2021d]), prescreve o nº 5 do art. 90º-A do CP que, juntamente com a pena principal (multa, visto que a dissolução eliminaria a razão de ser da medida) ou de substituição, será aplicada

culpa do agente e das exigências de prevenção” e atendendo à “situação económica e financeira [...] e dos seus encargos com os trabalhadores” (art. 41, nº 1; art. 90-B, nºs 1, 2 e 5; art. 47, nºs 1 e 2; e art. 71, nº 1, CP) (PORTUGAL, [2021d]).

²⁸ “Protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade” (art. 40º, nº 1, do CP) (PORTUGAL, [2021d]).

pena acessória. Contrariamente às normas dos nºs 4 e 6, que preveem tratamento mais favorável à arguida devido à adoção e implementação de PCN antes do crime, diante da *verificação da omissão* o presente normativo prevê um tratamento *mais desfavorável*.

Pode a pena de multa ser especialmente atenuada se, no período compreendido entre a prática do crime e a data da audiência de julgamento, a arguida houver adotado e executado PCN “com medidas de controlo e vigilância idóneas para prevenir crimes da mesma natureza ou para diminuir significativamente o risco da sua ocorrência” (art. 90º-B, nº 4, do CP) (PORTUGAL, [2021d]).

Além de ser prevista a mera faculdade (“pode”), outras duas novidades emergem: demanda-se expressamente que o PCN tenha sido adotado e executado na prática empresarial, bem como inclua “medidas de controlo e vigilância idóneas” para impedir a incidência futura de crimes ou “para diminuir significativamente o risco da sua ocorrência” – opção mais sustentável. Em face do contemporâneo estado da arte, cabe à arguida operacionalizar um PCN que seja realmente adequado a reduzir significativamente os riscos.

Parece-nos que a análise do exato alcance do programa deverá ser feita *a posteriori*, mas retrotraindo seus efeitos aos conhecimentos à data de sua execução, o que demanda atualizações cíclicas e adaptações perante a concretização de riscos muito graves a graves avaliados antes da sua adoção.

Se à arguida deve ser aplicada pena de multa não superior a 600 dias, tem o Tribunal a mera faculdade (“pode”) de determinar a aplicação da pena de vigilância judiciária (“acompanhamento por um representante judicial”) pelo período de 1 a 5 anos para a “fiscalização do cumprimento efetivo” do PCN “com medidas de controlo e vigilância idóneas para prevenir crimes da mesma

natureza ou para diminuir significativamente o risco da sua ocorrência” (art. 90º-E, nº 1) (PORTUGAL, [2021d]).

Sem prever limite máximo da pena de multa, o nº 2 estabelece a mera faculdade de determinação de acompanhamento da arguida pelo mesmo período de tempo para controlo da adoção ou implementação de PCN “adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie”. Não está em causa o “cumprimento efetivo” do programa, mas a sua futura operacionalização (PORTUGAL, [2021d]). Caso a arguida não adote ou implemente o PCN, é revogada a pena de substituição e cumprida a pena principal de multa (nº 5, b)).

Acessoriamente à pena de multa, tem o Tribunal a mera faculdade (“pode”) de aplicar injunção judiciária (art. 90º-G, nº 1, b)) e ordenar à arguida a adoção e implementação de PCN “com medidas de controlo e vigilância idóneas para prevenir crimes da mesma natureza ou para diminuir significativamente o risco da sua ocorrência” (PORTUGAL, [2021d]).

5 Qual Programa de Cumprimento Normativo?

O Decreto-lei nº 109-E/2021, de 9 de dezembro, art. 1º, b) (PORTUGAL, 2021f), a entrar em vigor a 7/6/2022, aprovou o Regime Geral da Prevenção da Corrupção (RGPC), que discrimina os componentes obrigatórios do PCN. Todavia, o regime contraordenacional apenas produzirá efeitos passado um ano e apenas a 7/6/2024 os produzirá para as empresas com mais de 50 e menos de 250 trabalhadores, com um volume de negócios anual que exceda €10M e não exceda €50M ou cujo balanço total anual exceda €10M e não exceda €43M.

O RGPC será aplicado às pessoas jurídicas com sede em Portugal e às sucursais em território nacional de pessoas jurídicas com sede no estrangeiro que empreguem 50 ou mais trabalhadores (pugnamos, novamente, pelo entendimento previamente exposto).

Consideram-se “ato de corrupção e infrações conexas” a serem prevenidos os crimes de recebimento e oferta indevidos de vantagem e corrupção (arts. 372º a 374º do CP), de peculato e participação económica em negócio (arts. 375º e 377º do CP), de concussão e abuso de poder (arts. 379º e 382º do CP), de prevaricação (art. 369º do CP), de tráfico de influência (art. 335º do CP), de branqueamento (art. 368º-A do CP) (PORTUGAL, [2021d]) e de fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito (PORTUGAL, [2021c]).

O PNC adotado e implementado visando à prevenção, deteção e ao sancionamento de atos de “corrupção e infrações conexas” (PORTUGAL,

2021f) há de ser composto, no mínimo, por quatro elementos: o Plano de Prevenção de Riscos de corrupção e infrações conexas (PPR), o Código de Conduta, o Programa de Formação e o Canal de Denúncias (com as características elencadas pela Lei nº 93/2021) e terão que ser implementados mecanismos de avaliação da eficácia do PNC, que garantam a sua melhoria.

Para garantir a aplicação do PNC, a pessoa jurídica designará um responsável que exerça suas funções “de modo independente, permanente e com autonomia decisória” (PORTUGAL, 2021f) e disponha de informações, meios técnicos e humanos que lhe permitam desempenhar bem suas funções.

No *Código de Conduta* são estabelecidos os “princípios, valores e regras de atuação de todos os dirigentes e trabalhadores em matéria de ética profissional” (PORTUGAL, 2021f) de modo a atender aos riscos de exposição à corrupção e a infrações conexas. São também identificadas as sanções disciplinares a aplicar no caso de violação daqueles, as sanções criminais aplicáveis e elaborado um relatório a cada infração. O Código será revisto a cada 3 anos ou quando houver alterações nas atribuições ou estrutura que justifiquem a revisão e deve ser publicitado aos trabalhadores na intranet e na página da pessoa coletiva 10 dias após a implementação e as revisões.

Programas de Formação internos para dirigentes e trabalhadores devem ser realizados para que esses conheçam e compreendam as políticas e procedimentos de prevenção. O conteúdo e a frequência das formações devem ser adequados à exposição aos riscos.

O *Plano de Prevenção de Riscos* incidirá sobre toda a organização e sobre todas as atividades da pessoa jurídica, incluindo as áreas “de administração, de direção, operacionais ou de suporte”, e deverá conter a “identificação, análise e classificação dos riscos”, de acordo com o setor de atividade e a área geográfica de atuação (PORTUGAL, 2021f).

Devem constar do PPR as áreas de atividade em que existam riscos, a probabilidade de ocorrerem e seu previsível impacto, as medidas “preventivas e corretivas” que reduzam a probabilidade de ocorrência e seu impacto (com exaustividade e priorização dos riscos elevados ou máximos), e a designação do responsável pela “execução, controlo e revisão” do PPR, que pode ser o mesmo do PCN (PORTUGAL, 2021f).

Para controlo da execução do PPR é elaborado relatório de avaliação intercalar do risco elevado ou máximo em outubro e em abril do ano seguinte. O relatório de avaliação anual (quantificando o grau de implementação de medidas preventivas e corretivas, e a previsão da implementação) deve ser revisado a cada 3 anos ou quando houver alterações nas atribuições ou na estrutura que justifiquem rever os riscos de exposição, as medidas preventivas e as corretivas.

O PPR e os relatórios devem ser publicitados aos trabalhadores na intranet e na página da pessoa coletiva 10 dias após a implementação, revisão ou elaboração. Cabe também a implementação de procedimentos de avaliação prévia do risco “relativamente a terceiros que ajam em seu nome, a fornecedores e a clientes” (*due diligence*), adequados ao perfil de risco identificado e aptos para possibilitar a identificação “dos beneficiários efetivos, dos riscos em termos de imagem e reputação, bem como das relações comerciais com terceiros, a fim de identificar possíveis conflitos de interesses” (PORTUGAL, 2021f).

Apesar de obrigadas à implementação do PNC com as características descritas a partir de 7/6/2022, inexistindo implementação não poderão ser aplicadas as normas relativas ao regime sancionatório até 7/6/2023 ou, no caso das médias empresas, até 7/6/2024.

6 Que leitura colher das alterações legais?

A primeira questão que se levanta em relação às alterações legais é se o legislador português efetivamente cria, pela primeira vez, para as pessoas coletivas uma obrigação de implementação e execução de programas de *compliance lato sensu*.

A resposta é inequivocamente positiva no que concerne ao Estado e a pessoas coletivas de Direito Público, obrigadas que estão à efetivação de programas de avaliação e gestão de risco, um passo preparatório da maior relevância sem o qual nenhum PCN surte os efeitos pretendidos, por mais bem delineado que seja.

Se nos ativermos à existência de canais de denúncia, a República Portuguesa apenas estabelece a obrigação da existência de canais internos para as sociedades comerciais que “empreguem 50 ou mais trabalhadores” (no sentido *lato* que expusemos), embora as sociedades comerciais que operem em setores de atividade “contempladas no âmbito de aplicação dos atos da União Europeia referidos na parte i.B e ii do anexo da Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho” (PORTUGAL, 2021j) estejam obrigadas a dispor de canais próprios de denúncia interna independentemente do número de “trabalhadores”.

Do estabelecido resulta uma obrigação genérica para as médias e grandes empresas²⁹, e uma obrigação limitada para as micro e pequenas empresas relativamente às áreas que impactem os interesses da UE. Em

²⁹O art. 2º do Anexo ao Decreto-lei nº 372/2007, de 6 de novembro, define como *médias* as empresas que empregam menos de 250 pessoas; como *pequenas* as que empregam menos de 50 pessoas; e como *micro* a que empregue menos de 10 pessoas (PORTUGAL, [2020a]).

2019, no tecido empresarial português, 96% das empresas eram micro e 3,3% eram pequenas, razão pela qual (sem considerar a possibilidade de o escopo perseguido por estas contender com os interesses da UE) o âmbito teórico da obrigação de existência de canais de denúncia interna é de apenas 0,7% do tecido empresarial português (PEQUENAS..., 2022); portanto, de reduzidíssima relevância em âmbito político-criminal.

Quanto ao PNC e a seu conteúdo mínimo, embora seja obrigatório a partir de 7/6/2022 para pessoas jurídicas com sede em Portugal e sucursais de pessoas jurídicas com sede no estrangeiro que empreguem 50 ou mais trabalhadores, com as vantagens que decorrem dos arts. 90^o-B e seguintes do CP sua não adoção e implementação apenas serão sancionadas com coima pela existência de contraordenação um ano depois ou mesmo dois, se a pessoa jurídica não tiver sequer 250 trabalhadores, o que representa um desincentivo à progressão nessa temática.

Uma vez que os custos associados aos PCN (planificação, operacionalização e manutenção) são sobremaneira elevados – sobretudo se não se limitarem ao conteúdo mínimo legalmente imposto, mas incluírem, *v.g.*, a devida avaliação e gestão de riscos, um bom sistema de investigação interno – o leque de empresas com capacidade orçamental, humana e tecnológica será bem reduzido na prática, significativamente inferior aos 0,7% do tecido empresarial luso. Esse cenário coloca em notório risco o objetivo de comprometimento do setor privado no combate à corrupção e pode distorcer a realidade do mercado, conduzindo à criação de oligopólios e eliminando a concorrência comercial sob a capa da adequação jurídica.

Poder-se-á questionar se o PNC é uma verdadeira obrigação legal, dado inexistir uma norma de caráter genérico a impor a adoção e implementação/execução de um programa desse tipo – apenas para empresas com mais de 50 trabalhadores (eventualmente com uma latitude mais extensa relativamente aos canais de denúncia nas situações particulares que mencionámos).

Ademais, o fato de sua inexistência ou inoperância não surtir efeitos sancionatórios durante mais um ou dois anos, se é certo não poder conferir à pessoa jurídica arguida as vantagens legais associadas aos PCN, introduz um elemento disruptivo, perigando a *mens legislatoris* da Lei n^o 94/2021.

Ainda que inexista a obrigação de caráter genérico, a opção por um PCN pela arguida é sempre da maior relevância, pois constitui um forte estímulo da responsabilidade jurídico-criminal, seja a montante, seja a jusante do (alegado) cometimento do crime.

Visto que a adoção de PCN é de difícil exequibilidade económica para a maioria das pessoas jurídicas de Direito privado (empresas) e que as médias e grandes empresas correspondem a apenas 0,7% do tecido empresarial português, não julgamos despidendo que a lógica dos

programas seja pensada numa dinâmica de cadeia de valor: as empresas maiores têm a obrigação social (e de boa governança) de auxiliar aquelas mais pequenas com as quais interajam englobando-as numa lógica de conjunto que estimule e garanta a integridade no giro comercial.

As empresas maiores – com capacidades orçamentais, técnicas e humanas para uma abordagem holística do cumprimento normativo – não se podem limitar a garantir a possibilidade de benefício de tratamento jurídico-criminal mais favorável pela adoção, implementação e execução de PCN, e sim devem partilhar a sua experiência e meios com o seu ecossistema de ação, pois dessa forma assegurarão com maior sucesso a sua própria boa governança.

Como o Estado não pode ser o garante exclusivo (sendo questionável se lhe cabe ser o principal) da mudança de atitude e fomento do compromisso de combate à corrupção no setor privado, associações comerciais ou industriais e conglomerados (de Direito ou de fato) devem auxiliar os poderes públicos prestando sobretudo apoio logístico e técnico para a consecução (mais célere e efetiva) dos declarados objetivos político-criminais que subjazem às alterações analisadas.

Por fim, relativamente aos PCN o legislador socorre-se de conceitos vagos, como “meios adequados a prevenir a prática” de crimes ou “medidas de controlo e vigilância idóneas para prevenir crimes [...] ou para diminuir significativamente o risco da sua ocorrência” (PORTUGAL, [2021d]). Quem define os padrões e patamares de análise de qualidade e adequação? Deverá essa análise ser deixada a critério do MP e do juiz?

Uma vez que a temática é nova em termos legislativos e ainda incipiente em Portugal, os conceitos não estão suficientemente concretizados e inexistente jurisprudência ou *standards* profissionais. Por isso a avaliação não deve ser deixada ao arbítrio dos magistrados do MP e judiciais, carecidos que estão de adequada formação específica, sem obrigação profissional de dominar uma matéria completamente afastada dos *curricula* universitários e do Centro de Estudos Judiciários (CEJ).

No Decreto-lei nº 109-E/2021, o legislador procurou dar resposta a essa relevante questão: ao criar o Mecanismo Nacional Anticorrupção (MENAC), atribuiu-lhe a missão de garantir a efetividade das políticas de prevenção de corrupção e infrações conexas, cabendo-lhe, como entidade administrativa independente, “[p]romover e controlar a implementação do RGPC” e “[e]mitir orientações e diretivas a que devem obedecer a adoção e implementação dos programas de cumprimento normativo” (PORTUGAL, 2021f).

Se o legislador apostou numa “autorregulação regulada”, cabe à doutrina jurídica portuguesa, ao CEJ e ao setor privado criar de forma articulada os patamares de avaliação, com regras mínimas passíveis de aprimoramento

e densificação, e desenvolver, em conjunto com o MENAC, critérios de avaliação e de melhoria contínua, que possam apoiar o MP e os juízes em suas decisões.

7 Conclusão

As alterações introduzidas na legislação não constituem um “salvo conduto” à atividade criminosa das pessoas jurídicas de Direito Privado, embora se possa questionar se esse *surplus* de proteção não introduz um fator de desigualdade material em face das pessoas físicas ou se apenas específica para as pessoas jurídicas os critérios de determinação da pena e as necessidades preventivas de adoção, implementação e execução de um PCN.

Não se julga violado o princípio da culpa ao punir de forma menos gravosa a pessoa jurídica que utilizou o PCN para diminuir a sua responsabilidade criminal, uma vez que a adoção, implementação e execução daquele tenha ocorrido antes da prática do (alegado) crime. Todavia, já aparenta configurar uma distorção de tal princípio a mera previsão ou operacionalização do PCN em momento posterior à prática do crime e com o único propósito de reduzir as margens de punibilidade.

Todavia, não se trata de uma via dirigida à desresponsabilização jurídico-criminal das pessoas jurídicas: estas continuam a ser merecedoras de punição quando tenham praticado fatos ilícitos típicos da forma estatuída no art. 11º do CP. Os programas de cumprimento normativo são elementos adicionais de valoração positiva do comportamento antecedente ou posterior ao crime, a operar nos moldes definidos nos arts. 70º e seguintes, e 90º-A e seguintes do CP.

O legislador de 2021 ampliou o conjunto de crimes pelos quais a pessoa jurídica pode ser responsabilizada, introduziu na prática empresarial obrigações de integridade e conformidade, e manteve a punibilidade da pessoa jurídica, mas passou a valorar de forma mais favorável seu esforço e comprometimento em detetar, prevenir e reprimir a corrupção.

Sobre o autor

André Ferreira de Oliveira é mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; especialista em Direito Penal, Económico Internacional e Europeu pelo Instituto de Direito Penal, Económico e Europeu, Coimbra, Portugal; doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.

E-mail: andreferreiradoliveira@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

OLIVEIRA, André Ferreira de. Os recentes movimentos legislativos portugueses relativos aos programas de cumprimento normativo: um passo rumo à desresponsabilização criminal? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 235, p. 147-168, jul./set. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p147

(APA)

Oliveira, A. F. de (2022). Os recentes movimentos legislativos portugueses relativos aos programas de cumprimento normativo: um passo rumo à desresponsabilização criminal? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(235), 147-168. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p147

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. “*Bruscamente no verão passado*”: a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

ANTUNES, Maria João. *Processo penal e pessoa coletiva arguida*. Coimbra: Almedina, 2020. (Manuais Universitários).

MEIRELES, Mário Pedro. A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas. *Revista Julgar*, Lisboa, n. 5, p. 121-138, maio/ago. 2008. Disponível em: <http://julgar.pt/responsabilidade-penal-das-pessoas-colectivas/>. Acesso em: 2 jun. 2022.

PEQUENAS e médias empresas em % do total de empresas: total e por dimensão. *In: PORDATA: estatísticas sobre Portugal e Europa*. [S. l.]: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 30 mar. 2022. Disponível em: <https://www.pordata.pt/Portugal/Pequenas+e+médias+empresas+em+percentagem+do+total+de+empresas+total+e+por+dimensão-2859-248026>. Acesso em: 2 jun. 2022.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Decreto nº 212/XIV/3*. Estabelece o regime geral de proteção de denunciadores de infrações, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União. Lisboa: Assembleia da República, 2021a. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=23357>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. Assembleia da República. *Decreto nº 213/XIV/3*. Aprova medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis conexas. Lisboa: Assembleia da República, 2021b. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=23358>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. [Constituição (1976)]. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Diário da República Eletrónico, [2005]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/decapconst/1976/p/cons/20050812/pt/html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 28/1984, de 20 de janeiro*. Altera o regime em vigor em matéria de infrações antieconómicas e contra a saúde pública. Lisboa: Diário da República Eletrónico, [2021c]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/28-1984-659911>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 48/1995, de 15 de março*. Código Penal. Lisboa: Diário da República Eletrónico, [2021d]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/48/1995/p/cons/20211221/pt/html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 78/1987, de 17 de fevereiro*. Código de Processo Penal. Lisboa: Diário da República Eletrónico, [2021e]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 109-E/2021, de 9 de dezembro*. Cria o Mecanismo Nacional Anticorrupção e estabelece o regime geral de prevenção da corrupção. Lisboa: Diário da República Eletrónico, 2021f. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/109-e/2021/12/09/p/dre/pt/html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 372/2007, de 6 de novembro*. Cria a certificação electrónica do estatuto de micro, pequena e média empresas (PME). Lisboa: Diário da República Eletrónico, [2020a]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/372/2007/11/06/p/dre/pt/html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024*. [Lisboa: s. n., 2020b]. Disponível em: <https://justica.gov.pt/Portals/0/Ficheiros/Organismos/JUSTICA/ENAC010421.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024*. [Lisboa]: República Portuguesa, [2020c]. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDAXMQAAAnRDZFAUAAAA%3d>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Lei nº 20/2008, de 21 de abril*. Cria o novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no sector privado, dando cumprimento à Decisão Quadro nº 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de julho. Lisboa: Diário da República Eletrónico, [2021g]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/20/2008/04/21/p/dre/pt/html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Lei nº 36/1994, de 29 de setembro*. Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira. Lisboa: Diário da República Eletrónico, [2021h]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/1994-176313121>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Lei nº 50/2007, de 31 de agosto*. Estabelece um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos susceptíveis de afectar a verdade, a lealdade e a correcção da competição e do seu resultado na actividade desportiva. Lisboa: Diário da República Eletrónico, [2021i]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/50/2007/08/31/p/dre/pt/html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Lei nº 93/2021, de 20 de dezembro*. Estabelece o regime geral de proteção de denunciadores de infrações, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União. Lisboa: Diário da República Eletrónico, 2021j. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/93/2021/12/20/p/dre/pt/html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Lei nº 94/2021, de 21 de dezembro*. Aprova medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis conexas. Lisboa: Diário da República Eletrónico, 2021k. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/94/2021/12/21/p/dre/pt/html>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. Procuradoria-Geral da República. *Circular nº 2/2011, de 19 de abril*. Lei nº 20/2008, de 21 de abril – Novo regime de responsabilidade penal por crimes de corrupção, cometidos no comércio internacional e na actividade privada. Lisboa: PGR, 2011. Disponível em: https://simp.pgr.pt/circulares/cir_portal_ficha.php?nid_circular=2274&nid_especie=1#topo. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Proposta de Lei nº 90/XIV/2*. Altera o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis conexas, implementando medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção. Lisboa: Assembleia da República, 2021l. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=110758>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. *Proposta de Lei nº 91/XIV/2*. Transpõe a Diretiva (UE) 2019/1937, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União. Lisboa: Assembleia da República, 2021m. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=110759>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. Tribunal da Relação de Guimarães (Secção Penal). *Processo nº 23/14.2GCVPA.G1*. I) Não se verificam os pressupostos para a atribuição de responsabilidade penal a pessoa colectiva numa situação como a dos autos em que se conclui dos factos provados que o crime em causa não foi cometido por pessoa que ocupe liderança na pessoa colectiva, pois que o arguido não é órgão nem representante da sociedade, nem tem autoridade para exercer o controlo (fiscalização) da actividade da pessoa colectiva [...]. Relatora: Des. Alda Tomé Casimiro, 9 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/3abe250f843ae72e802581c3003791d4?OpenDocument>. Acesso em: 2 jun. 2022.

_____. Tribunal da Relação do Porto (1. Secção do Juízo Local Criminal do Porto). *Processo nº 1535/13.0TDPRT.P1*. A exclusão de responsabilidade prevista no art. 11º 2 CP só é concedida às pessoas colectivas, que em relação ao concreto acto, tenham actuado no exercício de prerrogativas de poder publico (*ius imperi*). Relator: Des. Manuel Soares, 13 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/40dac030e7878d6802582b700380095?OpenDocument>. Acesso em: 2 jun. 2022.

PRESIDENTE da República promulga dois decretos do Parlamento. *Presidência da República Portuguesa*, [Lisboa], 9 dez. 2021. Disponível em: <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-atualidade/2021/12/presidente-da-republica-promulga-dois-decretos-do-parlamento/>. Acesso em: 2 jun. 2022.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. (Manuais Universitários).

SILVA, Sandra Oliveira e. *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*. Coimbra: Almedina, 2018. (Teses de Doutoramento).

SOUSA, Susana Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Almedina, 2019. (Monografias).

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019*. Relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União. [S. l.]: EUR-Lex, 2019. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1937/oj>. Acesso em: 2 jun. 2022.