

HUGO LUZ DOS SANTOS

A Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos na Esfera do Compliance

E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?

Prefácio do Professor Doutor Catedrático **Germano Marques da Silva**

HUGO LUZ DOS SANTOS

A Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos na Esfera do *Compliance*

E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?

Título
**A Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos na
Esfera do *Compliance*
E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?**

Autor
Hugo Luz dos Santos

Editor
NovaCausa
Edições Jurídicas

NOVA CAUSA
EDIÇÕES JURÍDICAS

Braga, Portugal
www.novacausa.net

ISBN
978-989-9026-46-9

Design
Vitor Duarte
vitorduartedesign.blogspot.com

Impressão e Acabamento
Manuel Barbosa & Filhos, Lda

© 2022, julho
NovaCausa, Edições Jurídicas

A reprodução, total ou parcial, desta obra, por fotocópia ou qualquer outro meio, mecânico ou electrónico, sem prévia autorização dos autores e do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

HUGO LUZ DOS SANTOS

A Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos na Esfera do *Compliance*

E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?

NOVA CAUSA
EDIÇÕES JURÍDICAS

HUGO LUZ DOS SANTOS

Hugo Luz dos Santos é Doutor em Direito (2019-2021) e Professor Universitário. É Professor Universitário na *City University of Macau*. Foi Assistente (em tempo parcial) da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. É Magistrado do Ministério Público (em licença sem remuneração). É Perito (*Research Fellow*) no Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA, Oxford, Reino Unido). Foi Agraciado com a *Fellowship* of the Royal Society of Arts of the United Kingdom “in recognition of his outstanding contributions to the fields of justice, rule of law and policy worldwide” (Londres, Reino Unido). Desempenha, ainda, as funções de Cross-Border Dispute Resolution Advisor da Alexander Byrne and Sidhu and Partners (London, United Kingdom/San Jose, Costa Rica). É autor de 23 monografias e de dezenas de artigos científicos publicados nas melhores revistas da especialidade nacionais e estrangeiras. Tem obra publicada em português, inglês, espanhol e chinês. Contacto: hugo.miguel.luz@gmail.com. Esta obra segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

Prefácio

Professor Doutor Catedrático Germano Marques da Silva

I. Sinto-me muito honrado com o pedido do Autor para prefaciá-lo mais um dos seus livros, agora com o título *“A Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos na esfera do Compliance? E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?”*. A honra é maior ainda porque o *expert* neste domínio é o Autor que lhe dedicou já centenas de páginas de muita qualidade, sendo mesmo dos primeiros que em língua portuguesa tratou com profundidade científica a problemática da *compliance* criminal. Este prefácio constitui também, por isso, a homenagem que, como aprendiz e prefaciador da obra, presto ao Autor, ao Colega e Amigo Doutor HUGO LUZ DOS SANTOS.

Como tem feito nos seus trabalhos anteriores, e são já muitos, o Autor não se limita nesta obra à dogmática da lei, como, aliás, a interrogação no título pronuncia desde logo. Além da análise apurada das normas vigentes, enuncia as lacunas que lhes descobre e sugere alterações legislativas, na sequência, aliás, dos seus trabalhos anteriores de que destacamos o *“Processo Penal na Era Compliance”* e *“A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: Subsídios para a criação de um modelo misto de auto-responsabilidade na época do compliance e da empresa-perigo”*.

São muito ricos na análise do direito vigente, conformado agora pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, quer no plano substantivo, quer no processual, os vários parágrafos da Parte Especial, mas porventura ainda mais relevantes e não menos interessantes as lacunas e propostas que aí regista.

II. O livro divide-se em duas Partes: uma mais teórica, a Parte Geral, de enquadramento e suporte, em que faz apelo à «necessidade ingente de uma boa administração da justiça na órbita do *compliance*» e a outra em que analisa as alterações substantivas e processuais introduzidas nos Códigos

Penal e do Processo Penal pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, evidenciando as lacunas de que a seu ver enferma o sistema da responsabilidade penal dos entes coletivos.

Na Parte Geral da obra afigura-se-nos muito pertinentes a defesa que faz de «um modelo de punição universal temperado por uma cláusula de adequação social» e a enunciação de crimes que em seu entender constituem laivos de impunidade (direito penal médico, fraude sexual, insuficiência dos crimes patrimoniais, crimes contra a integridade pessoal, contra a identidade cultural, de falsificação, de perigo comum, contra o Estado, eleitorais, contra autoridade pública e no exercício de funções públicas). Pode evidentemente discordar-se da identificação de lacunas e sugestões do Autor, mas terá de reconhecer-se a boa fundamentação que apresenta para interpelar o legislador.

Nos §§ 3, o livro trata do bloco de alterações no âmbito substantivo-processual, destacando-se os §§ 3.3. e 3.3.1. que cuidam dos «parâmetros referenciais que deverão presidir à eficácia dos programas de *compliance*» e à «transição do modelo de repressão para o modelo de cooperação entre o Estado-Juiz e as pessoas coletivas arguidas», respetivamente.

As alterações legais aqui tratadas, previstas particularmente no artigo 90-A do Código Penal, na nova redação, constituem uma importantíssima mudança de paradigma, do «modelo de repressão para o modelo de cooperação», na perspetiva do Autor, mas porventura até do modelo de repressão para o modelo de prevenção, como preconizo, e o instituto dos programas de cumprimento normativo (*compliance*) permite vislumbrar essa mudança de paradigma. Donde que a ponderação constante do § 3.3. seja relevantíssima, quando o legislador não estabelece os parâmetros desses programas, salvo em legislação especial (bancária, branqueamento e corrupção).

No último parágrafo (§ 3.4) o livro trata do recurso para o Supremo Tribunal de Justiça que a alteração da alínea e) do n.º 1 do artigo 400º veio permitir relativamente às decisões condenatórias proferidas em recurso pelas relações de sentenças absolutórias em 1ª instância. É de louvar a alteração, mas continuamos a pensar que a matéria dos recursos envolvendo as pessoas coletivas continua insuficiente. É que, por muito elevada que seja a multa aplicada ao ente coletivo, continua a verificar-se uma menorização do recurso penal em comparação com o recurso civil, ao que nos parece, no pressuposto erróneo, de que os tribunais erram menos no penal do que no civil!

III. Não cabe neste prefácio a apreciação aprofundada desta obra do Doutor HUGO LUZ DOS SANTOS, nem sequer o comentário às suas conclusões. O prefácio não substitui a obra prefaciada, devendo apenas evidenciar os seus méritos para despertar para o seu estudo.

Aprendi muito com a leitura deste livro e estou firmemente convencido de que será de muita utilidade para os juristas que cuidam desta problemática, mas não só, também para o legislador que nele encontrará motivos para reflexão e preenchimento legislativo de lacunas que o regime substantivo e processual da responsabilidade das pessoas coletivas ainda apresenta.

Lisboa, 8 de maio de 2022

GERMANO MARQUES DA SILVA

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Católica.

Índice Sistemático

Prefácio do Professor Doutor Catedrático Germano Marques da Silva ..	9
PARTE I: PARTE GERAL	13
CAPÍTULO I: A RESPONSABILIDADE PENAL DOS ENTES COLECTIVOS NA ERA DO <i>COMPLIANCE</i> APÓS AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS PELA LEI N.º 94/2021, DE 21 DE DEZEMBRO: ENQUADRAMENTO GERAL	15
§§ 1. A necessidade ingente de uma boa administração da justiça penal na órbita do <i>Compliance</i> : Introdução	17
§§ 1.1. O Direito Constitucional e o Processo Penal: um caso de efeito recíproco ou de mútuo condicionamento?	30
§§ 1.2. Terá a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro respeitado os pilares identitários que exornam do direito penal do bem jurídico e da teoria constitucional do bem jurídico? Remissão	43
PARTE II: PARTE ESPECIAL	53
CAPÍTULO II: AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS – EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS – PELA LEI N.º 94/2021, DE 21 DE DEZEMBRO: PLANO SUBSTANTIVO ..	55
§§ 2. O bloco de alterações legislativas introduzidas no âmbito – substantivo – da responsabilidade penal das pessoas colectivas: Introdução	57

§§ 2.1. Crimes <i>susceptíveis</i> de serem praticados pelas pessoas colectivas ou entidades equiparadas (art.º 11.º, n.º 2, do Código Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro): <i>Plaidoyer</i> pela criação de um <i>modelo de punição universal temperado por uma cláusula de adequação social</i>	59
§§ 2.2. O modelo da punição por catálogo taxativo no que respeita à criminalidade da empresa: Insuficiências e aporias normativas que a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro não resolveu	62
§§ 2.2.1. O modelo da punição universal temperado por uma cláusula de adequação social: Proposta <i>de iure condendo</i> e critério de delimitação negativa	71
§§ 2.2.3. Os laivos de impunidade selectiva que o modelo de punição por catálogo taxativo – mantido pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro – traz no bojo	72
§§ 2.2.3.1. O insustentável esquecimento (?) do direito penal médico ..	72
§§ 2.2.3.2. A (ruidosa) omissão do crime de fraude sexual do catálogo taxativo de crimes susceptíveis de desencadear a responsabilidade penal das pessoas colectivas à luz da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro	74
§§ 2.2.3.3. A insustentável leveza (e insuficiência) dos crimes contra o património tipificados no art.º 11.º, n.º 2 do Código Penal	77
§§ 2.2.3.4. A (descoroçoante) ligeireza do modelo de punição por catálogo taxativo, no que tange aos crimes contra a identidade cultural e contra a integridade pessoal, omitidos no art.º 11.º, n.º 2 do Código Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro .	79
§§ 2.2.3.5. A (inescrutável) magreza do modelo de punição por catálogo taxativo respeitante aos crimes de falsificação tipificados no art.º 11.º, n.º 2 do Código Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro	81
§§ 2.2.3.6. Os crimes de perigo comum vazados no art.º 11.º, n.º 2 do Código Penal	81
§§ 2.2.3.7. A «estranha estreiteza» do modelo de punição por catálogo taxativo – mantida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro – no que tange aos crimes contra o Estado vazados no art.º 11.º, n.º 2 do Código Penal	82

§§ 2.2.3.8. O «bizantino olvido» (?) – mantido pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro – do modelo de punição por catálogo taxativo no que toca aos crimes eleitorais	83
§§ 2.2.3.9. O critério de punição por catálogo taxativo atinente aos crimes contra a autoridade pública tipificados no art.º 11.º, n.º 2 do Código Penal	84
§§ 2.2.3.10. O modelo de punição por catálogo taxativo atinente aos crimes praticados no exercício de funções públicas vazados no art.º 11.º, n.º 2 do Código Penal	85
§§ 2.4. O interesse directo ou indirecto (art.º 11.º, n.º 2, alíneas a) e b) e n.º 4, do Código Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro)	86
§§ 2.5. A inconstitucionalidade material do art.º 20.º, n.º 1, alínea a) e do art.º 20.º, n.º 2, alínea a), ambos do Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de dezembro e do art.º 90-A, n.º 5, do Código Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, no que tange à não implementação de programas de <i>compliance</i> antes da prática do ilícito, por violação do <i>princípio ne bis in idem</i> (art.º 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa) e do critério da <i>unidade retributiva ou da identidade fáctica</i> , na esteira da jurisprudência do Tribunal da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	98
 CAPÍTULO III: AS BENFEITORIAS LEGISLATIVAS REALIZADAS – NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS – PELA LEI N.º 94/2021, DE 21 DE DEZEMBRO: PLANO SUBSTANTIVO-PROCESSUAL	113
 §§ 3. O bloco de alterações legislativas introduzidas no âmbito – substantivo-processual – da responsabilidade penal das pessoas colectivas: Introdução	115
§§ 3.1. A sucessão das leis penais no tempo (art.º 5.º, do Código de Processo Penal), a realização de buscas no centro de negócios da pessoa colectiva arguida (art.º 174.º, n.º 6, do Código de Processo Penal) e o «renascimento mitigado» dos acordos sobre a sentença em processo penal (art.º 283.º, n.º 3, alínea c), do Código de Processo Penal): Remissão	116

§§ 3.2. Os casos em que a pessoa colectiva e a pessoa singular são co-arguidas no mesmo processo (art.º 57.º, n.º 9, do Código de Processo Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 94/2021): a consequência processual imediata e a consequência processual mediata	117
§§ 3.3. O princípio da presunção da inocência funcional da pessoa colectiva arguida (art.º 32.º, n.º 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa e art.º 11.º, n.º 6, do Código Penal): quais são os parâmetros referenciais que deverão presidir à eficácia dos programas de <i>compliance</i> à luz do art.º 90-A, n.º 4 e 6, do art.º 90-E, n.º 1 e 2, do art.º 90-G, n.º 1, alínea b), do Código Penal, do art.º 204.º, n.º 3, e do art.º 281.º, n.º 11, do Código de Processo Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?	121
§§ 3.3.1. A auto-regulação regulada e o direito premial introduzidos – no Código Penal e na legislação extravagante – pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro: Transição do <i>modelo de repressão</i> para o <i>modelo de cooperação</i> entre o Estado-Juiz e as pessoas colectivas arguidas? ...	130
§§ 3.4. Em tema de recorribilidade do acórdão que condena a pessoa colectiva arguida ou entidade equiparada ao cumprimento de uma pena (art.º 400.º, n.º 1, alínea e), parte final, do Código de Processo Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro): a reabertura da audiência para aplicação retroactiva da lei penal mais favorável (art.º 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, art.º 2.º, n.º 4, do Código Penal e art.º 371-A, do Código de Processo Penal) ..	132
§§ Conclusões	135
Referências bibliográficas	139
Referências jurisprudenciais	169