

---

ESTUDOS  
EM HOMENAGEM  
AO PROF. DOUTOR  
SÉRVULO CORREIA

---

VOLUME IV



E D I Ç Ã O  
DA FACULDADE  
DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE  
DE LISBOA

Coimbra Editora

2010

	Págs.
<b>XI</b>	
<b>Direito Penal e Contra-Ordenacional</b>	
<i>Augusto Silva Dias</i> , O Direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários .....	13
<i>Maria Fernanda Palma</i> , A mão visível do Direito Penal .....	39
<i>Paulo de Sousa Mendes</i> , O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência .....	45
<i>Teresa Serral/Pedro Fernández Sánchez</i> , A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas — da inconstitucionalidade dos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º do Código Penal .....	65
<b>XII</b>	
<b>Direito Tributário</b>	
<i>Ana Paula Dourado</i> , <i>Separation of powers in Tax Law</i> .....	115
<i>J. L. Saldanha Sanches/João Taborda da Gama</i> , Temporalidade do direito de acção no contencioso tributário e relações entre reclamação e impugnação na recente jurisprudência do STA .....	147
<b>XIII</b>	
<b>Direito da Segurança Social</b>	
<i>Bernardo da Gama Lobo Xavier</i> , Problemas jurídico-laborais dos fundos (fechados) de pensões — Direitos dos trabalhadores .....	177
<i>João Carlos Loureiro</i> , Servindo a vários(as) Senhores(as): <i>Domus</i> , Exclusão e Discriminação — Nótula sobre a segurança social dos trabalhadores do serviço doméstico .....	229
<i>Maria do Rosário Palma Ramalho</i> , O Código dos Regimes Contributivos da Segurança Social — Algumas notas .....	253
<i>Nazaré da Costa Cabral</i> , Contribuições para a Segurança Social: um imposto que não ousa dizer o seu nome? .....	267
<b>XIV</b>	
<b>Direito do Ambiente</b>	
<i>Fernando Loureiro Bastos</i> , Algumas considerações sobre a produção de efeitos dos tratados de protecção do ambiente no espaço marinho .....	301



	Págs.
<i>Miguel Martinho</i> , Natureza e regime jurídico dos planos de defesa da floresta: a fragilidade dos instrumentos de gestão territorial .....	343
<i>Tiago Antunes</i> , Singularidades de um regime ecológico — O regime jurídico da Rede Natura 2000 e, em particular, as deficiências da análise de incidências ambientais .....	365

**XV**  
**Direito do Urbanismo**

<i>Claudio Monteiro</i> , A fiscalização municipal das operações urbanísticas .....	419
<i>Joana Maria Liberal Lopes Pinto Monteiro</i> , O novo regime dos empreendimentos turísticos .....	445

**XVI**  
**Direito da Energia**

<i>Rute Saraiva</i> , Direito à energia sustentável? .....	483
--	-----

**XVII**  
**Direito Internacional Público**

<i>André Folque</i> , O caudal das relações luso-espanholas sobre as bacias hidrográficas partilhadas .....	507
<i>Teresa Pizarro Beza/Helena Pereira de Melo</i> , O Direito a beneficiar do Progresso Científico e das suas Aplicações no PIDESEC .....	529
<i>Tiago Duarte</i> , O consentimento nas arbitragens internacionais (ICSID) .....	545

**XVIII**  
**Direito da União Europeia**

<i>Ana Maria Guerra Martins</i> , O Tratado de Lisboa — Um passo em frente ou atrás no sentido da constitucionalização da União? .....	571
<i>Eduardo Paz Ferreira</i> , Serviços de interesse económico e Europa social: o caso das telecomunicações .....	603
<i>Heloísa Oliveira</i> , Jurisprudência comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais entidades públicas — Influência, omissão e desconformidade .....	619

	Págs.
<i>Lúcio Tomé Féteira</i> , Regulation 1/2003 and the Interplay Between European and National Competition Laws .....	639
<i>Maria José Rangel de Mesquita</i> , Reflexões breves sobre a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem à luz do Tratado de Lisboa .....	669
<i>Maria Luísa Duarte</i> , O Tratado de Lisboa e o teste da “identidade constitucional” dos Estados-membros — uma leitura prospectiva da Decisão do Tribunal Constitucional alemão de 30 de Junho de 2009 .....	687
<i>Nuno Piçarra</i> , A liberdade de circulação dos advogados na União Europeia — Da metamorfose da regra do tratamento nacional à extensão a nacionais de países terceiros .....	707
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> , O referendo irlandês e a recusa do Tratado de Lisboa .....	749
<i>Pedro Lomba</i> , <i>On finality: The European Constitutional Discourse Between Finalism and Contractualism</i> .....	753
<i>Tiago Fidalgo de Freitas</i> , A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a sua relação com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem .....	775

**XIX**  
**Finanças Públicas**

<i>Manuel Porto</i> , O financiamento da União Europeia: um passo a dar, na sequência da aprovação do Tratado de Lisboa .....	867
---	-----

**XX**  
**Vários**

<i>Fausto de Quadros</i> , O meu elogio de José Manuel Sérvulo Correia .....	881
<i>Marcelo Rebelo de Sousa</i> , José Manuel Sérvulo Correia — uma vida, uma obra .....	883

**A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL  
DAS ENTIDADES PÚBLICAS  
— DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS N.ºS 2 E 3  
DO ARTIGO 11.º DO CÓDIGO PENAL**

TERESA SERRA  
PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

**I. A CONSAGRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS  
PESSOAS COLECTIVAS**

1. A partir da última reforma, introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, o Código Penal passou a prever, no seu artigo 11.º, a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e entidades equiparadas.

O legislador de 2007 consagrou essa responsabilidade, aproveitando a oportunidade aberta em 1964 pela Proposta de Eduardo Correia <sup>(1)</sup>, mais tarde vertida na anterior redacção do artigo 11.º, que, contra o entendimento então dominante, deixou espaço para a introdução daquela responsabilidade no Código Penal. O legislador actual fê-lo, porém, ao arropio da discussão doutrinária e sem se deter sequer num breve balanço da aplicação jurisprudencial das normas de responsabilidade criminal de entidades colectivas já existentes, há mais de duas dezenas de anos, em diversos sectores do direito penal secundário, em especial do direito penal económico.

A emergência desta consagração da responsabilidade criminal de pessoas colectivas no Código Penal também está longe de cabal fundamentação na própria Exposição de Motivos que acompanhou a Proposta de Lei n.º 98/X. As exigências colocadas por diversas Decisões-Quadro, subliminarmente apontadas como decisivas para essa consagração, não podem justificá-la, uma vez que,

---

<sup>(1)</sup> A redacção do artigo 11.º do Código Penal ficou praticamente fixada na 6.ª Sessão da Comissão Revisora do Código Penal, realizada em 10 de Janeiro de 1964. Vejam-se *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Geral, I Vol., Lisboa, Separata do *BMJ*, págs. 110 e segs.



confrontadas estas decisões com a oposição por parte de alguns Estados-Membros <sup>(2)</sup>, deixam em aberto o recurso “a sanções ou medidas efectivas, proporcionadas e dissuasivas” não penais, aplicáveis a pessoas colectivas consideradas responsáveis pela prática de infracções.

Daí que as soluções adoptadas na responsabilização criminal de entidades colectivas no novo artigo 11.º estejam longe de serem pacíficas: é que a decisão de consagrar uma tal responsabilidade no Código Penal implicaria uma outra ponderação, quer no plano dos crimes por que podem ser perseguidas e punidas, quer no plano dos modelos de imputação dessa responsabilidade. E, muito em especial, essa decisão exigiria uma visão não meramente circunstancial e estreita da determinação do âmbito das entidades que passam a ser puníveis por *alguns* dos crimes previstos no Código Penal <sup>(3)</sup>.

2. Tradicionalmente, ao tratar desta matéria, o direito penal não se restringe às pessoas colectivas, ou seja, às entidades colectivas que têm personalidade jurídica, mas estende-se a outros agrupamentos de pessoas que não gozam daquela qualidade. São os agrupamentos de pessoas, dotados de uma organização e dinâmica próprias, que a lei penal pretende essencialmente atingir, muito em especial a empresa. Mas o nosso legislador penal não soube, não pôde ou não quis ultrapassar as estruturas jurídicas de que esses agrupamentos estão dotados, restringindo, no novo artigo 11.º do Código Penal, as entidades equiparadas às sociedades civis e às associações de facto.

Esta restrição é complementada pela drástica limitação do âmbito das entidades colectivas que passam a ser puníveis por alguns dos crimes previstos no artigo 11.º do Código Penal, diferentemente do que é tradição nesta matéria. Se analisarmos todos os diplomas que previam a responsabilidade criminal de entidades colectivas, à data da entrada em vigor desta reforma <sup>(4)</sup>, verificamos com facilidade que referiam como destinatárias das normas penais as pessoas colectivas e entidades equiparadas, sem estabelecer quaisquer limitações no seu âmbito. Assim, em princípio, estava aqui abrangida a totalidade das pessoas colectivas públicas e privadas, sem qualquer excepção.

<sup>(2)</sup> Cf., a este propósito, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Lisboa, Editorial Verbo, 2009, págs. 74 e seg.

<sup>(3)</sup> Ponto 4. da Exposição de Motivos.

<sup>(4)</sup> Cf., designadamente, o artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que contém o Regime das Infracções contra a Economia e a Saúde Pública; o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, que contém a Lei da Criminalidade Informática, entretanto revogada pela Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro; é também o caso das infracções contra a propriedade industrial, por remissão do artigo 320.º do respectivo Código para o regime do Decreto-Lei n.º 28/84; e o artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, que contém a Lei Geral das Infracções Tributárias. Refira-se que nenhuma das normas contidas nestes artigos foi alterada pela Lei n.º 59/2007.

Porém, como iremos ver, e é esse o objecto deste estudo, nos termos do novo artigo 11.º do Código Penal, em especial do seu n.º 3, não são apenas excluídas do âmbito da punibilidade o Estado e as pessoas colectivas públicas, mas também um sem número de pessoas colectivas privadas, abrangidas, para efeitos da lei penal, na expressão *pessoas colectivas públicas*.

A questão da responsabilidade de entidades colectivas públicas, que foi objecto de debate aceso na doutrina alemã, na primeira metade do século XX, não tem merecido mais recentemente uma discussão aprofundada e os seus contornos estão longe de poderem considerar-se fixados. Uma análise do direito comparado, nesta matéria, mostra que, se é verdade que pode afirmar-se que essa responsabilidade é tendencialmente aceite num grande número de ordens jurídicas, não é menos verdade que existe tudo menos consenso acerca da extensão que pode assumir. Com efeito, parte dessas ordens jurídicas exclui o Estado e/ou pessoas colectivas de tipo territorial, ou apenas os considera responsáveis por infracções cometidas no exercício de actividades que possam ser asseguradas por outras pessoas de direito público ou privado, singulares ou colectivas <sup>(5)</sup>.

A análise do recente projecto de um *Corpus Juris*, contendo disposições penais relativas à protecção dos interesses financeiros da União Europeia e em que intervieram destacados penalistas europeus que se têm ocupado desta matéria, evidencia a relevância da responsabilização criminal das entidades colectivas públicas, não as excluindo dessa responsabilidade. Contudo, se atentarmos nas Decisões-Quadro, adoptadas após o debate que precedeu o projecto de um *Corpus Juris* e invocadas na Exposição de Motivos que acompanhou a Proposta de Lei n.º 98/X <sup>(6)</sup>, verificamos que parece ter-se afirmado uma tendência diversa, no sentido da exclusão do Estado ou de outras entidades de direito público no exercício das suas prerrogativas de autoridade pública, bem como de “organizações de direito internacional público” <sup>(7)</sup>.

<sup>(5)</sup> Ou, na formulação próxima do artigo 121-2, do Código Penal francês, por infracções cometidas no exercício de actividades susceptíveis de serem objecto de “convenções de delegação de serviço público”.

<sup>(6)</sup> Trata-se, designadamente, da Decisão-Quadro 2000/383/JAI, do Conselho, de 29 de Maio de 2000, alterada pela Decisão-Quadro 2001/888/JAI, do Conselho, de 6 de Dezembro de 2001, sobre o reforço da protecção contra a contrafacção de moeda na perspectiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras; Decisão-Quadro 2001/413/JAI, do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao combate à fraude e à contrafacção de meios de pagamento que não em numerário; Decisão-Quadro 2002/629/JAI, do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos; Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; Decisão-Quadro 2005/667/JAI, do Conselho, de 12 de Julho de 2005, destinada a reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios, entre outros instrumentos normativos internacionais.

<sup>(7)</sup> A análise destas decisões-quadro evidencia completa falta de rigor na definição do conceito de *pessoa colectiva* para os respectivos efeitos que se traduz numa flutuação terminológica



Sucedem, porém, que, no momento actual e como, aliás, melhor se demonstrará na análise a que se procederá dos correspondentes preceitos do novo artigo 11.º do Código Penal, a discussão desta questão está longe de poder manter-se nos contornos em que classicamente se desenvolveu. Com efeito, se os fins do Estado e de outras pessoas colectivas públicas, bem como as suas funções e atribuições, podem não se ter modificado de forma significativa, a verdade é que importa reconhecer que os seus meios e modos de intervenção na vida social e económica se alteraram impressivamente. O papel do Estado e de outras pessoas colectivas públicas desenvolve-se hoje em largas áreas, já não ao abrigo do tradicional acto administrativo, mas de formas contratuais e negociais com os privados, sem que, no entanto, prescindam da cobertura de autoridade que lhes dá a prossecução do "interesse público" (8). Em última análise, mais do que a permissão das referidas decisões-quadro, terá sido precisamente o facto de não prescindir dessa cobertura de autoridade no desempenho do seu papel através dos novos meios e modos de intervenção que inconfessadamente fundamentou a ampla exclusão de responsabilidade criminal de entidades colectivas públicas no novo artigo 11.º do Código Penal.

## II. A PUNIBILIDADE DO ESTADO E DE PESSOAS COLECTIVAS PÚBLICAS

1. Como objecção geral relativamente à punibilidade de pessoas colectivas públicas, afirma-se, desde logo, que uma condenação penal de pessoas colectivas

inadmissível, importando sublinhar que tal se verifica não apenas na tradução portuguesa, mas também, pelo menos, nas traduções inglesa e francesa. A título de exemplo, a Decisão-Quadro 2002/629/JAI, ao definir o que entende por pessoa colectiva, fá-lo para excluir o Estado, outras entidades de direito público, no exercício das suas prerrogativas de autoridade pública e das organizações de direito internacional público, enquanto a Proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas e que revoga aquela Decisão-Quadro, para além do Estado, exclui organismos públicos no exercício de prerrogativas de autoridade pública e das organizações internacionais públicas. Por seu turno, a Decisão-Quadro 2004/68/JAI, para além do Estado ou de outras entidades de direito público no exercício das suas prerrogativas de autoridade pública, exclui ainda as organizações internacionais de direito público. Pelo caminho, anulada pelo acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 13 de Setembro de 2005, atente-se ainda na Decisão-Quadro 2003/80/JAI, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à protecção do ambiente através do direito penal, que excluía do conceito de pessoa colectiva outras entidades de direito público agindo no exercício dos seus direitos de soberania e as organizações internacionais.

(8) Cfr., a este propósito, de forma pormenorizada, mas nem sempre fundamentada, JORGE DOS REIS BRAVO, *Direito Penal de Entes Colectivos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, págs. 172 e segs.

públicas seria incompatível com o princípio da separação dos poderes (9). Além disso, de forma mais específica no que concerne à punibilidade das pessoas colectivas de tipo territorial, objecta-se que daí resultariam certamente fricções quando um tribunal condenasse uma pessoa colectiva de tipo territorial a que ele próprio pertence (10). Ademais, acrescenta-se, é ao Estado que incumbe a protecção dos interesses gerais, sejam eles colectivos ou individuais, e o ónus de perseguir e fazer sancionar os delinquentes. Assim, alega-se, relativamente às pessoas colectivas públicas, bastaria a fiscalização exercida pelo próprio Estado.

Da interpretação das normas de responsabilidade das pessoas colectivas dos diplomas vigentes e não alterados com a nova redacção do artigo 11.º (11), aten-

(9) Assim, em especial na doutrina alemã em que o debate foi mais profundo, ROTRAUT POHL-SICHTERMANN, *Geldbusse gegen Verbände — § 26 OWiG*, Bochum, Buchhandlung Brockmeyer, 1974, págs. 72 e segs., e RUDOLF SCHMITT, *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1958, págs. 210 e segs. Contra a punibilidade de pessoas colectivas públicas, igualmente FRITZ HARTUNG, "Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?", *Verhandlungen des vierzigsten deutschen Juristentages*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1954, pág. 50; HANS-HEINRICH JESCHECK, "Zur Frage des Strafbarkeits von Personenverbänden", *Die Öffentlich Verwaltung*, pág. 543, e "Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, pág. 262. A favor da punibilidade, ERNST HAFTER, *Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1903, págs. 114 e segs. Contra a punibilidade do Estado, por não fazer sentido, uma vez que é ele o detentor do poder de punir, mas a favor dela, no que respeita a outras pessoas colectivas de direito público, RICHARD BUSCH, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1933, págs. 192 e segs. Manifestando dúvidas, ANNE EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pág. 217, nota 2; HANS-JOACHIM HIRSCH, "La criminalisation du comportement collectif — Allemagne", in DOELDER/TIEDEMANN, *La Criminalisation du Comportement Collectif/Criminal Liability of Corporations*, XIVe Congrès international de droit comparé/XIVth International Congress of Comparative Law, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1996, págs. 54 e segs., o que, tudo junto, dá uma ideia da amplitude desse debate na doutrina alemã, ao longo de todo o século XX. Entre nós, JOÃO CASTRO E SOUSA, *As Pessoas Colectivas em face do Direito Criminal e do chamado "Direito de Mera Ordenação Social"*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pág. 15, nota 1, manifestou-se contra a aplicação de quaisquer medidas às pessoas colectivas públicas, alegando as particulares funções que elas desempenham, o facto de serem os mesmos entes a emanar as normas que os titulares dos seus órgãos e os seus agentes violariam, e a incongruência de punir o Estado, aplicando-lhe uma multa que reverteria a favor do mesmo Estado. V. JOSÉ LOBO MOUTINHO, in Doelder/Tiedemann. Mais recentemente, cf. GONÇALO MELO BANDEIRA, "Responsabilidade Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos — À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Civis sob a Forma Comercial", Coimbra, Almedina, 2004, págs. 277 e seg., nota 731, pronunciou-se a favor da responsabilidade penal do Estado e de pessoas colectivas de direito público; contra, aparentemente, JORGE DOS REIS BRAVO, *ob. cit.*, págs. 172 e segs.

(10) Cfr. JOÃO CASTRO SOUSA, *As pessoas colectivas...*, cit. pág. 15, nota 1, referindo-se às pessoas colectivas públicas de tipo territorial, considerou ainda uma injustiça punir uma pessoa colectiva à qual as pessoas são forçadas por lei a pertencer.

(11) Referidos na nota 4.



dendo, quer ao elemento literal, quer aos restantes elementos da interpretação, e muito em especial à respectiva fundamentação, nada permite excluir a sua aplicação às pessoas colectivas públicas, incluindo o Estado.

2. Independentemente das objecções mencionadas, importa começar por afirmar que, do ponto de vista da política criminal, há evidente necessidade de responsabilizar as pessoas colectivas públicas no plano do direito penal. Com efeito, tal como sucede generalizadamente, tanto o Estado como outras pessoas colectivas públicas participam activamente na vida económica do país, tendo assumido um papel de enorme relevância, por exemplo, no sistema financeiro e de crédito, bem como no abastecimento, providência de condições de existência e prestação de serviços às respectivas comunidades. Esta participação na actividade económica, não raras vezes em concorrência com entidades privadas (como sucede ainda actualmente na banca, no sector financeiro e nos transportes, por exemplo), cria um risco óbvio da prática de infracções para as quais está cominada uma pena. Em particular no que concerne às pessoas colectivas ou entidades públicas que têm a seu cargo actividades no domínio do ambiente, como o fornecimento de água, a recolha de lixos e detritos, a realização de obras públicas ou a exploração de transportes colectivos, ou seja, entidades a quem estão atribuídas funções de prover à existência quotidiana da comunidade, importa defender a possibilidade de aplicar-lhes sanções, porque, frequentemente, elas são responsáveis por lesões à vida e à integridade física de trabalhadores e populações, bem como de danos ambientais de grande envergadura. Foi certamente a importância da actividade económica do Estado e demais pessoas colectivas públicas que levou o legislador a sujeitá-la também ao direito da concorrência, em igualdade de circunstâncias com o sector privado e cooperativo<sup>(12)</sup>.

Todavia, ainda assim, se é o Estado que detém o poder de punir<sup>(13)</sup>, como pode colocar-se o problema da punibilidade do Estado? Uma tal questão só envolveria uma contradição insanável no quadro de um Estado juridicamente impermeável, não submetido ao direito, inclusivamente ao direito que cria. A subordinação da Administração (e do Estado em que ela se integra<sup>(14)</sup>) à lei

<sup>(12)</sup> Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprovou o regime jurídico da concorrência, prevê-se a aplicação do referido diploma "a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo".

<sup>(13)</sup> Assim, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral I*, Lisboa, Editorial Verbo, 1992, pág. 54.

<sup>(14)</sup> Tenha-se em conta a distinção, aqui relevante, entre as diversas acepções da palavra *Estado*. Assim, como ensina DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, I, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 219 e 220, haverá que distinguir entre o Estado na sua acepção *constitucional*, enquanto "comunidade de cidadãos que, nos termos do poder constituinte

e ao direito é hoje um princípio inquestionável, tal como é inquestionável a subordinação do Estado ao controlo jurisdicional e a uma responsabilidade a ser efectivada nos tribunais. O Estado não surge, pois, como "dono" do direito, mas como "sujeito" de direito<sup>(15)</sup>. É neste quadro que deve entender-se o n.º 1 do artigo 202.º da Constituição, nos termos do qual incumbe aos tribunais, como órgãos de soberania, administrar a justiça em nome do povo, sendo as decisões dos tribunais obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas. Estas prevalecem, nomeadamente, sobre as decisões de quaisquer outras autoridades, conforme o artigo 205.º, n.º 2, da Constituição<sup>(16)</sup>. Assim melhor se compreende a afirmação de Cavaleiro de Ferreira, de que aqueles preceitos devem entender-se como "emanação da soberania do Direito sobre o Estado, como sobre as entidades privadas"<sup>(17)</sup>. E acrescenta muito impressivamente: "Por isso e para isso são os tribunais independentes; independente de qualquer outro poder do Estado, o Poder Judicial que, ele só, deve garantir a total subordinação de todos — Estado e cidadãos — à Justiça e ao Direito"<sup>(18)</sup>.

3. Por outro lado, quanto ao argumento da separação de poderes, parece ser o mesmo tributário do entendimento original, afirmado pela Revolução francesa, segundo o qual "julgar a administração ainda seria administrar"<sup>(19)</sup>. Nesta linha, entendeu-se incompatível com o princípio da separação de poderes o julgamento da administração pelos tribunais, devendo cada poder ser de tal forma independente do outro que, de nenhum modo, pudesse perturbar ou interferir no seu funcionamento. Esta construção levou a que, em França e também em Portugal, o controlo da administração ficasse a cargo da própria administração, numa primeira fase da própria administração activa, depois de um órgão consultivo com decisões sujeitas a homologação e, finalmente, a cargo de um órgão com poder de decisão final, mas ainda integrado na administração. Tal entendimento original do princípio da separação de poderes está hoje totalmente superado,

que a si própria se atribui, assume uma determinada forma política para prosseguir os seus fins nacionais" e o Estado na sua acepção *administrativa*, enquanto "pessoa colectiva pública que, no seio da comunidade nacional, desempenha, sob a direcção do Governo, a actividade administrativa".

<sup>(15)</sup> Em especial, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, Almedina, 1996, págs. 34 e segs.

<sup>(16)</sup> Sobre isto também, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, 1993, artigos 205.º, III segs., 208.º, III.

<sup>(17)</sup> MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. cit.*, pág. 60.

<sup>(18)</sup> MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. cit.*, pág. 60. Tome-se igualmente nota das dúvidas manifestadas, na doutrina francesa, acerca da total isenção de responsabilidade por parte do Estado e mesmo da isenção das pessoas colectivas públicas territoriais por infracções praticadas no exercício de prerrogativas de poder público, previstas no artigo 121-2 do Código Penal.

<sup>(19)</sup> Sobre isto, em especial, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca...*, cit. págs. 11 segs.



tendo sido afirmada a ideia de que "julgar a administração ainda é julgar", sem margem para dúvidas, entendimento, aliás, confirmado pelo artigo 212.º da Constituição, que integra os tribunais administrativos no poder judicial (20).

Se se encontra indubitavelmente assente a ideia de que "julgar a administração é ainda julgar", não sendo a subordinação da administração ao controlo exercido por verdadeiros tribunais de forma alguma incompatível com o princípio da separação de poderes, não se vê como possa ser afirmado incompatível com o princípio da separação de poderes um princípio de efectivação da responsabilidade penal da administração perante os tribunais (21).

4. Assim, de um ponto de vista teórico, não se vê qualquer legitimidade para subtrair as pessoas colectivas públicas à responsabilidade criminal. O que não corresponde a ignorar as enormes dificuldades, tanto teóricas como práticas, que coloca a responsabilidade penal de pessoas colectivas públicas, a menor das quais não é certamente a da representação do Estado nessa eventualidade.

No plano teórico, decerto se afigura mais complexo o problema da responsabilidade contra-ordenacional do Estado e restantes pessoas colectivas de direito público. Com efeito, o processamento das contra-ordenações e a aplicação das respectivas coimas e sanções acessórias competem às autoridades administrativas (22). Embora raramente se afigure concebível uma situação em que uma autoridade administrativa se veja na contingência de conhecer e sancionar uma contra-ordenação por si própria praticada (23), ainda assim, é hoje comum, em especial no domínio do direito do ambiente, que uma autoridade administrativa se veja obrigada a aplicar coimas a pessoas colectivas públicas (24). O que, ao

(20) Sobre esta evolução, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Para um contencioso administrativo dos particulares — Esboço de uma Teoria subjectivista do recurso directo de anulação*, Coimbra, Almedina, 1989, págs. 13 segs., e *Ob. Cit.*, págs. 11 segs. Para uma análise mais atenta à evolução histórica no direito português, Paulo Otero, "Revolução liberal e codificação administrativa: a separação de poderes e as garantias dos administrados", in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, págs. 603 e segs.

(21) Próximos, na doutrina francesa, Frédéric Desportes/Francis Le Guehec, *Le nouveau droit pénal — Droit pénal général*, Paris, Economica, 1996, pág. 450.

(22) Assim também JOSÉ LOBO MOUTINHO / HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, "La criminalisation du comportement collectif — Portugal", *H. DE DOELDER / K. TIEDEMANN (eds.), La Criminalisation du Comportement Collectif/Criminal Liability of Corporations*, XIVe Congrès international de droit comparé/XIVth International Congress of Comparative Law, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1996, pág. 334, n. 94. EKKEHARD MÜLLER, *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, Dr. Peter Deubner Verlag, 1985, págs. 53 seg.

(23) É de crer que a competência para o conhecimento das contra-ordenações e para a aplicação das coimas seja atribuída pelo legislador a determinada autoridade administrativa, tendo em conta este — entre outros — problemas.

(24) Foi precisamente um caso destes que motivou o Parecer PGR n.º 102/89, de 7-3-1991, in *DR* (55, II Série, 2684 segs.). Para os efeitos das disposições contidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 7.º

menos teoricamente, pode gerar conflitos diferentes e mais profundos do que aqueles que eventualmente possam verificar-se com a aplicação de sanções através de órgãos jurisdicionais. Como se afirmou, estes são independentes, detêm uma inegável autoridade e o processo que perante eles decorre está normalmente dotado de maiores garantias (25).

5. A discussão dos problemas inerentes à responsabilidade penal das pessoas colectivas públicas, no direito português, esteve totalmente em aberto durante mais de duas décadas, sendo certo que, quando suscitada, conduziu sempre a tentativas de interpretação restritiva das normas que a consagravam sem quaisquer balizas. Em boa verdade, não pode dizer-se que alguma vez se tenha usado da permissão dessa responsabilidade de forma abusiva. Ao contrário, bem pode afirmar-se que a questão da punição de entidades colectivas públicas não mereceu, até à recente reforma do nosso Código Penal, especial atenção, não apenas por parte do legislador, que a consagrou ilimitadamente sem promover um debate mínimo a tal propósito, mas também por parte da doutrina ou da jurisprudência que não manifestaram qualquer reacção à amplitude e consequências daquela responsabilização.

Já em 1984, considerada por Figueiredo Dias como uma das mais difíceis decisões a serem tomadas na reforma do direito penal (secundário) português (26), a matéria da responsabilidade penal de entidades colectivas públicas — ou da amplitude da sua exclusão — deveria ter sido precedida de um debate aberto e

do RGIMOS, concluiu este Parecer pela exclusão, do âmbito do conceito de pessoa colectiva de direito público, não só do Estado (enquanto pessoa colectiva de direito interno que tem por órgão o Governo), das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, mas também, no tocante à responsabilidade contra-ordenacional por violação de certos deveres sancionáveis por contra-ordenações instituídas com vista à eficaz realização de certas atribuições administrativas, as pessoas colectivas que integrem a administração central, regional e local e que a seu cargo tenham tais atribuições.

(25) Sublinhe-se, no entanto, que se pode encontrar um lugar paralelo ao nível do controlo da legalidade das condutas administrativas. Como sublinha PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, II, Lex, Lisboa, 1995, pág. 579, "cada órgão administrativo é guardião da legalidade administrativa. Visto de perspectiva diferente, pode dizer-se que os órgãos administrativos, a par da respectiva competência dispositiva, desenvolvem também uma actividade de controlo da sua própria acção (= autocontrolo), podendo em certos casos alargar essa actividade fiscalizadora a terceiros órgãos (= heterocontrolo). Tudo resulta, recorde-se, da subordinação da Administração ao princípio da juridicidade, enquanto corolário de um Estado de Direito democrático". No nosso caso, a actividade de auto e de heterocontrolo são cometidas por lei directamente a determinados órgãos administrativos.

(26) À data, a questão colocava-se apenas no âmbito do direito penal secundário. Veja-se JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 116.º, págs. 263-267, 298-301, 330-333 e 364-367; Ano 117.º, págs. 7-12, 46-50, 72-78, (ed. ut., *Direito e Justiça*, Vol. IV, 1989/1990 e, pág. 57.



merecido uma atenção e um tratamento diferentes por parte do legislador. A colagem dos pressupostos da exclusão dessa responsabilidade a uma situação circunstancialmente existente no âmbito do direito público, que não tem cessado de evoluir de uma forma vertiginosa na última década, para além dos problemas de constitucionalidade que já evidencia, vai criar novos e mais difíceis obstáculos à responsabilização das entidades colectivas em geral.

### III. A DECISÃO LEGISLATIVA DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DE ENTIDADES PÚBLICAS

1. A decisão de consagração (e de delimitação) da responsabilidade criminal das pessoas colectivas públicas corresponde, pelas razões expostas, a uma decisão particularmente sensível para a protecção de bens jurídicos fundamentais da comunidade política.

E é exactamente isso que torna tão reprovável o modo como essa responsabilidade foi consagrada pela alteração legislativa de 2007: é que, como se referiu, um tal impulso do legislador nunca poderia dispensar uma cuidadosa ponderação do tipo de crimes pelos quais uma entidade pública pode ser punida nem, muito menos, dos termos em que essa responsabilidade lhe pode ser imputada.

Esta alteração legislativa não poderia, portanto, ficcionar que nunca existiu uma ampla discussão doutrinária, em várias ordens jurídicas europeias, quanto a esta decisão político-legislativa central; tão-pouco poderia invocar a mera circunstância de terem sido aprovadas diversas Decisões-Quadro que dão um tratamento jurídico a esse tema como causa justificativa para a dispensa dessa discussão — quando, afinal, tais Decisões-Quadro atribuem a cada Estado-Membro a *prerrogativa de ponderação da idoneidade do recurso à imputação de responsabilidade penal a entidades públicas*. O mesmo é dizer: tais Decisões-Quadro pressupõem uma ampla discussão e ponderação, no seio de cada Estado-Membro, quanto à decisão de consagração e de recorte da responsabilização criminal dessas pessoas colectivas. E é essa ponderação que, de modo irresponsável e simplista, o legislador nunca realizou.

2. Todavia, independentemente do modo precipitado como a responsabilidade criminal de pessoas colectivas foi consagrada na Revisão de 2007, o intérprete não pode deixar de verificar que o legislador partiu de um pressuposto fundamental que deu como adquirido: o de que a **imputação de responsabilidade criminal é juridicamente inviável contra entidades públicas**.

Ora, independentemente da discussão *de iure condendo* quanto à bondade de uma tal concepção para a Teoria Geral do Direito Penal, o intérprete não pode,

como é evidente, deixar de ter em consideração qual foi a opção *efectivamente consagrada* no Código Penal.

Por outras palavras: a opção de exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas pode ter sido discutível, criticável ou incongruente; mas, indiscutivelmente, foi a que, nesse momento, o legislador democraticamente legitimado pretendeu impor.

Portanto, sem prejuízo da crítica que legitimamente possa dirigir à bondade dessa opção legislativa, o intérprete não pode, em caso algum, ficcionar que ela nunca foi tomada e simular que tal alteração legislativa nunca teve lugar.

Em consequência, não se pode deixar de verificar qual a *técnica legislativa* que, em concreto, foi utilizada para dar corpo a esse pressuposto que a lei assumiu como adquirido e para, em consequência, afastar a responsabilização criminal de entidades públicas.

Cabe ao intérprete, em suma, verificar se o modo concreto como o legislador pretendeu implementar a sua opção teórica permitiu a sua correcta concretização ou se, pelo contrário, a técnica utilizada foi tão deficiente que acabou mesmo por trair a intenção legislativa inicial e produzir efeitos alarmantes para a protecção dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

3. E é exactamente essa análise concreta, realizada estritamente na perspectiva *de iure condito*, que permitirá concluir que as consequências da deficiência técnica de que os preceitos relevantes padecem são avassaladoras para os efeitos pretendidos pelo legislador, tanto nos casos em que a redacção fica *aquém* como nos casos em que vai *além* daquela que seria a intenção legislativa original.

Importa, portanto, proceder à análise dos termos em que a intenção legislativa de afastar a responsabilidade criminal das entidades públicas foi, *na prática*, através da redacção adoptada nos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º do Código Penal, *efectivamente concretizada*.

### IV. A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DE SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL

1. A análise preliminar dos preceitos relevantes permite verificar, antes do mais, que o legislador recorreu a uma *estrutura lógica dualista* para afastar a responsabilidade criminal de *i) sujeitos de direito internacional* e de *ii) pessoas colectivas de direito interno*.

Mas, naturalmente, a referência, constante do n.º 2 do artigo 11.º, à exclusão da responsabilidade em que o próprio **Estado** pudesse incorrer produz efeitos tanto no *plano interno* como no *plano internacional*, já que, evidentemente,



o Estado (também) constitui um sujeito de direito internacional, assumindo a titularidade de direitos e obrigações perante a comunidade internacional.

2. Ora, sem prejuízo dessa referência ao Estado, o âmbito da exclusão de responsabilidade *no direito internacional* é delimitado através do recurso ao conceito de “*organizações internacionais de direito público*” — os únicos sujeitos dotados de personalidade jurídica internacional que, segundo o legislador, estão isentos de responsabilidade criminal.

Sucedem que a lista dos erros técnicos em que o legislador incorre inicia-se precisamente neste ponto. Com efeito, a expressão “*organizações internacionais de direito público*” não tem correspondência com qualquer conceito técnico aceite pela comunidade jurídica, correspondendo apenas à transposição da terminologia equívoca adoptada — de modo flutuante e heterogéneo — em algumas das Decisões-Quadro comunitárias que antecederam a Revisão do Código Penal.

Como já acima se noticiou <sup>(27)</sup>, a terminologia utilizada para impor a exclusão da responsabilidade de organizações internacionais flutua entre o conceito de “*organizações de direito internacional público*”, constante da Decisão-Quadro 2002/629/JAI, o conceito de “*organizações internacionais públicas*”, constante da Proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas que revoga aquela Decisão-Quadro, o conceito de “*organizações internacionais de direito público*”, constante da Decisão-Quadro 2004/68/JAI, e do conceito de “*organizações internacionais*”, constante da Decisão-Quadro 2003/80/JAI, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à protecção do ambiente através do direito penal, entretanto anulada pelo acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de Setembro de 2005.

Como é bom de ver, uma tal flutuação terminológica só pode denunciar uma absoluta falta de rigor na delimitação das categorias de pessoas colectivas sujeitas ou isentas de responsabilidade criminal. Essa flutuação pode justificar-se, desde logo, pela tendência que o legislador comunitário reiteradamente demonstra no sentido de abdicar do rigor técnico-jurídico e da precisão dos conceitos e das fórmulas que utiliza, sempre que o considere necessário para assegurar a eficácia de cada acto normativo que aprova. Isto é, quando se depara com a escolha entre a adopção de conceitos ou fórmulas rigorosas, exactas e precisas e conceitos ou fórmulas mais abrangentes, expansivas e pragmáticas, o legislador comunitário não raras vezes opta por esta segunda hipótese, preferindo conceitos *funcionais* a conceitos *rigorosos* e escolhendo uma linguagem *pragmática* em detrimento de uma linguagem *tecnicamente correcta*.

<sup>(27)</sup> Cfr., *supra*, nota 7.

Mas, como é evidente, essa opção comunitária só não produzirá resultados nefastos para a aplicação do Direito interno se um operador jurídico nacional, habituado ao rigor e à precisão dos conceitos e das fórmulas da sua ordem jurídica, se deparar com uma tal construção “funcional” ou “pragmática” (e necessariamente pouco rigorosa) e se aperceber de que o seu sentido ou o seu conteúdo normativo não é coincidente nem equivale ao sentido ou ao conteúdo que, à partida, lhe é atribuído na ordem jurídica interna.

3. Manifestamente, o legislador nacional não se apercebeu dessa circunstância e, no caso presente, preferiu escolher, de modo indiferente, um qualquer daqueles conceitos que encontrou nas várias Decisões-Quadro europeias, transpondo-o acriticamente e abdicando de confirmar *qual o sentido normativo que tais conceitos poderiam encerrar*.

Ora, o único sentido que poderia ser atribuído a esta despropositada redacção inerente ao conceito de “*organizações internacionais de direito público*” consiste na eventual intenção de esclarecer que a exclusão da responsabilidade apenas aproveita às organizações internacionais que sejam reconhecidas como *sujeitos de Direito Internacional Público*, deixando de fora do âmbito da exclusão de responsabilidade as Organizações Não Governamentais (ONG), que, pelos vistos, seriam rotuladas de “*organizações internacionais de direito privado*”.

Sucedem que o conceito utilizado constitui uma irracionalidade jurídica. Independentemente da ininteligível distinção, que o legislador aparentemente pretendeu criar, entre organização internacional “de direito público” ou “de direito privado”, o reconhecimento de uma entidade como *organização internacional* depende da respectiva submissão aos critérios já sedimentados na ordem jurídica internacional; se tais critérios forem satisfeitos, estaremos perante uma organização internacional, reconhecida pelo Direito Internacional Público; em caso contrário, uma organização “de direito privado” que não satisfaça tais critérios não pode, em caso algum, ser reconhecida como “organização internacional”.

4. Ora, para que se apreenda quais as pessoas colectivas de direito internacional que podem *efectivamente* ser qualificadas como “*organizações internacionais*” — e que, portanto, beneficiam da exclusão da susceptibilidade de imputação de responsabilidade criminal —, importa reter os requisitos pacificamente enunciados para a atribuição de personalidade jurídica internacional a uma organização internacionalmente relevante.

Em primeiro lugar, a entidade em causa deve ser susceptível de receber direitos e deveres atribuídos por actos e normas de Direito Internacional; isto é, deve ser reconhecida como centro de imputação de direitos e obrigações na ordem jurídica internacional.

Mas, como bem se compreende, esse requisito não pode assumir-se como



*critério único ou auto-suficiente* de reconhecimento de personalidade jurídica internacional: é que, em função do aumento exponencial de actos e normas internacionais que têm uma vocação universal e que pretendem atribuir direitos a todos os sujeitos ou organizações do mundo em sujeitos de Direito Internacional — mesmo quando esses sujeitos se encontrassem desprovidos de qualquer meio de acção para efectivar os direitos que, através de actos de conteúdo meramente proclamatório, lhes fossem reconhecidos.

Por isso, o reconhecimento da personalidade jurídica internacional de um sujeito ou entidade depende ainda da *i)* atribuição concreta dos instrumentos jurídicos necessários para praticar actos jurídicos com relevância na ordem jurídica internacional, e, em especial, *ii)* da aptidão para a criação de relações jurídicas directas e imediatas com os demais sujeitos de direito internacional ou com centros institucionalizados da ordem internacional, agindo nessa qualidade, sem depender da actuação do Estado do qual se é nacional<sup>(28)</sup>. Esta aptidão concretiza-se ainda, no caso específico das organizações internacionais, na capacidade para celebrar Tratados e Acordos internacionais sobre matérias integradas nos fins da organização.

5. A aplicação prática desse critério pode ser ilustrada com o abismo na capacidade (jurídica, mesmo que não política) de actuação das “organizações internacionais” (como a ONU, a União Europeia, a OMC ou o FMI), por um lado, e as ONG, por outro. Ao contrário do que sucede com as primeiras, que têm uma capacidade própria para actuar na ordem jurídica internacional, as ONG mantêm a sua total dependência face ao Estado onde se encontram sedeadas para obter a personalidade jurídica.

Mas, mesmo quando tal personalidade lhes é reconhecida, o seu alcance limita-se à respectiva ordem jurídica nacional, não lhes sendo permitindo, em contrapartida, praticar actos jurídicos na ordem internacional. Sublinhe-se: a capacidade de *influenciar politicamente* as opções ou decisões da comunidade internacional — reconheça-se, a influência política de algumas ONG, como a *Greenpeace* ou a *Amnistia Internacional*, pode até ser muito superior àquela exercida por entidades que são sujeitos fundadores da comunidade internacional, *maxime* Estados soberanos — não pode ser confundida com a *capacidade jurídica* de praticar actos, de exercer direitos e de cumprir obrigações na ordem jurídica internacional<sup>(29)</sup>. Mesmo

<sup>(28)</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 3.ª edição, Principia, Cascais, 2006, págs. 191 e segs.

<sup>(29)</sup> Cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA / FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 402 e segs.; JORGE MIRANDA, *Curso*, cit., pág. 214; JOAQUIM DA SILVA CUNHA, *Direito Internacional Público (A Sociedade Internacional)*, 4.ª edição, Lisboa, 1993, págs. 108 e segs.

quando se lhes atribua o direito de participação (meramente com observadores) em centros institucionalizados de poder internacional, a ordem jurídica internacional reserva ainda para o direito interno a tarefa de definição do respectivo estatuto e da aptidão para o exercício de direitos e para o cumprimento de obrigações<sup>(30)</sup>.

Assim, essa *capacidade jurídica* resulta já da atribuição de um estatuto próprio decorrente da susceptibilidade de imputação de direitos e obrigações na ordem internacional — isto é, do *reconhecimento de personalidade jurídica internacional* pelos demais sujeitos da comunidade internacional<sup>(31)</sup>.

6. Mas é justamente esse critério de reconhecimento de personalidade jurídica internacional que complexifica a tarefa de interpretação do conceito de “organizações internacionais de direito público” que o legislador utilizou.

Com efeito, esse critério permite identificar *quatro categorias* de sujeitos de direito internacional: *i)* Estados e entidades afins; *ii)* Organizações Internacionais; *iii)* Instituições Não Estatais e *iv)* Indivíduos e Entidades Colectivas Privadas (estes últimos, como se verificou, apenas quando disponham de poderes de actuação jurídica autónoma na comunidade internacional).

Ora, tendo em conta que a cláusula de exclusão de responsabilidade criminal constante do n.º 2 do artigo 11.º do CP se refere às “organizações internacionais de direito público”, impõe-se a conclusão de que tal exclusão apenas beneficia os sujeitos de direito internacional que se enquadrem naquela segunda categoria, a saber, no conceito de “Organizações Internacionais”, as quais têm sido definidas como as pessoas colectivas dotadas de personalidade jurídica internacional especificamente criadas por Estados, Instituições Não Estatais (instituições como a Santa Sé) ou outras Organizações Internacionais, através de Tratado, para a prossecução de fins internacionalmente relevantes a eles comuns de forma permanente, com órgãos próprios e com capacidade jurídica de actuação na ordem internacional delimitada em função dos seus fins<sup>(32)</sup><sup>(33)</sup>.

<sup>(30)</sup> Cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA / FAUSTO DE QUADROS, *Manual*, cit., pág. 403; JORGE MIRANDA, *Curso*, cit., pág. 214.

<sup>(31)</sup> Para recorer à feliz expressão de NGUYEN QUOC DINH / PATRICK DAILLIER / ALAIN PELLET, tudo está em saber se um sujeito pode, por si, fazer prevalecer a sua posição jurídica perante a ordem jurídica internacional ou se, pelo contrário, carece da intervenção do respectivo Estado, qual “ecrã” entre o sujeito privado e o direito internacional, dependendo da actuação da própria ordem jurídica nacional para a fixação da sua personalidade jurídica, da sua capacidade de acção e da sua responsabilidade activa e passiva. Cfr. *Direito Internacional Público*, 2.ª edição, Lisboa, 2003, pág. 664.

<sup>(32)</sup> A definição foi originalmente sugerida por ANGELO PIERO SERENI, *Diritto Internazionale*, II, Giuffrè, Milano, 1958, pág. 804, e adoptada, no essencial, entre nós; cfr., a esse respeito, por todos, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA / FAUSTO DE QUADROS, *Manual*, cit., pág. 412; JORGE MIRANDA, *Curso*, cit., pág. 206.

<sup>(33)</sup> Recorde-se que esta definição permite esclarecer a razão por que qualquer entidade de direito interno, como as ONG, não é reconhecida como sujeito de direito internacional: não se



7. Por isso, ao recorrer ao conceito de “organizações internacionais de direito público”, o legislador abre a possibilidade de responsabilização criminal de qualquer sujeito da comunidade internacional que, além do próprio Estado, não seja qualificado como “organização internacional”.

A susceptibilidade de responsabilização inclui, assim, e desde logo, um dos próprios *sujeitos fundadores da comunidade internacional* — a *Santa Sé*, que se qualifica como *instituição não estatal*, e não como organização internacional —, bem como outras quaisquer instituições não estatais como a *Cruz Vermelha Internacional* ou a *Ordem de Malta*.

O critério utilizado pelo legislador alheia-se pois de qualquer consideração quanto à *relevância* que um sujeito assume na comunidade internacional ou, até, quanto à *amplitude da capacidade jurídica* de que goza; tal critério assenta apenas num *critério formalista* — a saber, as *categorias formais de sujeitos de direito internacional*.

Por isso permite, em simultâneo, que o intérprete considere isenta de responsabilidade criminal a *Liga Árabe*, ao mesmo tempo que permite a responsabilização da *Santa Sé*; do mesmo modo que não permite que o *Pacto Andino* ou a *Comunidade do Caribe* sejam responsabilizados, admitindo porém a responsabilização da *Cruz Vermelha Internacional*.

8. De resto, a falta de rigor técnico da redacção do preceito deixa em aberto a razão do silêncio que o legislador mantém quanto à responsabilização criminal dos *demais fundadores da comunidade internacional*: justamente os *Estados* (salvo, é claro, o Estado Português, que é objecto de uma ressalva que produz efeitos tanto no plano interno como no plano internacional), bem como as *entidades afins aos Estados* (entidades pró, infra e supra estatais).

Com efeito, pode admitir-se que o legislador tenha considerado desnecessário salvaguardar a responsabilidade dos Estados estrangeiros por assumir como seguro o pressuposto de que o estatuto de soberania próprio do Estado não admite a sua responsabilização criminal perante outros membros da comunidade internacional; mesmo quando progressivamente se vem admitindo a responsabilização directa perante instâncias internacionais, ela é limitada a indivíduos e não a entidades dotadas de poderes de soberania<sup>(34)</sup>.

lhes reconhece personalidade jurídica internacional em razão de não terem sido criadas por Tratado que concretize um acordo de vontades entre outros sujeitos de direito internacional e, sobretudo, de não terem *capacidade jurídica autónoma* para a actuação na ordem internacional à margem dos Estados dos quais são nacionais, sendo inaptas para estabelecer uma relação jurídica directa e imediata com outros sujeitos ou centros institucionalizados de direito internacional.

<sup>(34)</sup> Cfr., por todos, CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, *Responsabilidade internacional do Estado*, Renovar, Rio de Janeiro, 1995, pág. 38.

Todavia, tendo em conta o carácter lacunoso e incompleto da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal — nomeadamente a sua omissão quanto a sujeitos fundadores da comunidade internacional e, em geral, quanto às demais instituições de natureza não estatal —, não pode descartar-se a hipótese de a problemática da responsabilização criminal dos Estados não ter sido sequer ponderada pelo legislador.

Essa hipótese suscita-se com especial robustez tendo em conta o facto de a progressiva jurisdicionalização da ordem internacional ter conduzido, já desde há alguns anos, um número crescente de Autores a dar como certo que a responsabilidade criminal dos indivíduos coexiste com a responsabilidade criminal dos Estados<sup>(35)</sup>, pois que, sempre que o responsável principal por determinados crimes internacionais é o Estado, sobre ele cabe imputar a acção punitiva<sup>(36)</sup>, traduzida em sanções adequadas à natureza da entidade estatal<sup>(37)</sup>.

Essa questão assume especial relevância tendo em conta que a mesma Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que aprovou a revisão do Código Penal, também alterou a redacção de diplomas dispersos que consagravam a responsabilidade de pessoas colectivas — onde, a título de exemplo, se inclui a Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto), cujo artigo 6.º, com a sua nova redacção, passa a remeter para os “termos gerais” (isto é, os termos agora fixados pelo artigo 11.º do Código Penal) a responsabilidade das “pessoas colectivas e entidades equiparadas (...) pelos crimes previstos na presente lei”<sup>(38)</sup>.

Ou seja, o âmbito das cláusulas de exclusão da responsabilidade criminal de pessoas colectivas previsto no artigo 11.º do Código Penal vale também para os diplomas que prevêm ilícitos típicos especificamente respeitantes ao âmbito jurídico-internacional.

Portanto, a exclusão de responsabilidade dos Estados estrangeiros e, bem assim, das entidades pró, infra e supra-estatais encontra-se estritamente dependente da prerrogativa que, para esse efeito, lhes seja directamente reconhecida pela ordem jurídica internacional — já que, no plano interno, o legislador penal português não exclui a sua responsabilização criminal.

<sup>(35)</sup> Cfr. MANUEL DíEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16.ª edição, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 874 e segs.

<sup>(36)</sup> Cfr. CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, *Responsabilidade*, cit., pág. 40; YORAM DIENSTEIN, *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, 3.ª edição, Barueri, 2004, págs. 148 e 149.

<sup>(37)</sup> Cfr. MANUEL DíEZ DE VELASCO, *Instituciones...*, cit., págs. 690 e segs.

<sup>(38)</sup> Referindo-se à circunstância de, na prática, Estados soberanos terem já sido alvo de aplicação de sanções de natureza penal — sanções dotadas de um efeito punitivo que, de resto, se pretendia que incidisse sobre toda a colectividade política e não apenas sobre dirigentes individuais —, em reacção a crimes de terrorismo (casos das sanções impostas à Líbia e ao Sudão), cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional — Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pág. 571.



9. Em suma, o efeito da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal de pessoas colectivas de direito internacional concretiza-se, assim, nos seguintes termos:

Estão isentos de responsabilidade criminal:

- a) O Estado Português;
- b) Toda e qualquer Organização Internacional, independentemente de ter carácter para-universal (*ONU, UNICEF, OMC, FMI*), regional (*Comunidades Europeias, Conselho da Europa, Liga Árabe, NATO, OSCE, Organização dos Estados Americanos,...*) ou local (*BENELUX, Conselho de Estados do Mar Báltico, Pacto Andino,...*).

Podem ser sujeitos a responsabilidade criminal:

- a) Todos os sujeitos de direito internacional que não sejam qualificados como “Organizações Internacionais”, isto é, i) as *Instituições Não Estatais*, como a *Santa Sé* e a *Cruz Vermelha Internacional*; ii) os *demais Estados e entidades pró, infra e supra estatais*, (apenas) quando a ordem jurídica internacional evolua no sentido de admitir a sua responsabilização criminal, e, bem assim, iii) *indivíduos ou entidades colectivas privadas* dotadas de capacidade jurídica para a prática de actos na ordem internacional;
- b) Por maioria de razão, todas as entidades que, apesar da sua relevância “político-internacional”, não tenham capacidade jurídica para praticar actos e estabelecer relações jurídicas na ordem internacional (as *ONG* como a *Greenpeace*, a *Amnistia Internacional* ou a *Assistência Médica Internacional*).

## V. A EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DE PESSOAS COLECTIVAS DE DIREITO INTERNO

### A) Generalidades

1. A avaliação do âmbito de exclusão da responsabilidade criminal de sujeitos de direito internacional permite, como se verificou, surpreender *erros e imprecisões técnicas graves* na redacção adoptada pelo legislador penal. Contudo, essas deficiências formais quase passam inadvertidas quando comparadas com a dimensão das falhas em que o legislador incorreu — e, sobretudo, com a assustadora gravidade dos efeitos jurídicos que dessas falhas resultam — ao

enunciar as *peessoas colectivas de direito interno* que beneficiam igualmente da isenção de responsabilidade penal.

Em concreto, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 11.º do CP, determina-se que, além do próprio Estado, não podem ser criminalmente responsabilizadas “outras pessoas colectivas públicas”.

É no n.º 3 que se discriminam as *três categorias de entidades* que se integram no conceito de “pessoas colectivas públicas” e que, por isso, podem beneficiar-se da referida cláusula de exclusão de responsabilidade.

Assim, esclarece o legislador que “*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; e*
- c) *Demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público”.*

2. A primeira conclusão que se retira da redacção adoptada é a de que o legislador só exclui a responsabilidade criminal de entidades concessionárias de serviços públicos e de entidades beneficiárias de prerrogativas de poder público (cfr. alíneas b) e c) do n.º 3) depois de já ter esclarecido, na alínea a), que as “*peessoas colectivas de direito público*” não podem ser criminalmente responsabilizadas. Como bem se compreende, isso só pode significar que o legislador pretendeu inequivocamente atribuir tal privilégio *também* a entidades dotadas de uma *personalidade jurídica de direito privado* — algumas delas, como se verá, plenamente integradas num *mercado concorrencial* e disputando “nichos de mercado” com entidades que não beneficiam de qualquer privilégio jurídico-público —, pois que, se tivesse pretendido limitar a exclusão de responsabilidade às entidades de *natureza formal jurídico-pública*, ter-se-ia bastado com a redacção adoptada para a alínea a).

Esta opção de (parcial) *equiparação* de entidades de natureza formal pública e privada compreende-se, na verdade, como uma mera consequência da tendência que a ordem jurídica progressivamente tem exibido no recurso a *critérios de natureza funcional* para a delimitação das esferas pública e privada —, abandonando, portanto, a pretensão de identificar as entidades públicas em função da respectiva *natureza formal* ou, até, do *ramo de direito* a que cada entidade obedece —, passando a abarcar as *entidades instrumentalmente utilizadas pelo Estado para o exercício de funções de interesse público e para a prossecução das necessidades colectivas*.

É que, como se sabe, a progressiva *subjectivização* do regime de privilégio do Estado e da Administração (isto é, o regime substantivo e processual de Direito Administrativo) e a consolidação do respeito pelas garantias dos parti-



culares acabaram por provocar uma *perda da eficiência* na prossecução do interesse público e da *racionalização* dos meios e dos procedimentos utilizados na satisfação das necessidades colectivas<sup>(39)</sup>. Por isso, a promoção da eficiência pública foi procurada através da bem conhecida “fuga para o Direito Privado”, concretizada no recurso à utilização de *entidades instrumentais do Estado*, a que *formalmente se atribui uma personalidade jurídico-privada*, mas a quem se confiam justamente as mesmíssimas tarefas que, à partida, sobre aquele impendiam<sup>(40)</sup>.

Assim, quando o legislador pretende conceber um determinado regime jurídico para disciplinar a organização ou a actuação das entidades públicas, não pode identificar os destinatários desse regime apenas por referência à natureza formal da respectiva personalidade jurídica. Esse critério formal de delimitação do âmbito de aplicação de normas jurídicas tem, antes, de ser substituído (ou, no mínimo, completado) por um *critério funcional*, pelo qual “agora apenas interessa apurar se aquilo que se **faz** — e já não aquilo que se **é** — pode ser tido por «público»”<sup>(41)</sup>. Em aplicação deste critério funcional, qualquer entidade — formalmente pública ou privada — que haja sido encarregue de funções de interesse público pode, nos termos previstos na lei, ser destinatária das regras disciplinadoras da actividade dos entes públicos.

3. A opção que o legislador assumiu quanto à exclusão da responsabilização criminal de alguns entes (formalmente) privados pode, portanto, pelo menos em tese, ser compreendida no âmbito desta evolução juscientífica.

Esse pressuposto não pode, todavia, dispensar que se confirme a correcção do *alcance* que o legislador atribuiu a tal equiparação entre entidades públicas e privadas e, em especial, quanto aos efeitos (eventualmente mais amplos do que aqueles que originalmente teriam sido pretendidos) que essa equiparação produz.

#### B) “Pessoas Colectivas de Direito Público”

4. Mas a avaliação do alcance dessa equiparação só pode ser realizada na sequência da (prévia) delimitação do âmbito de aplicação da alínea *a*) do n.º 3. Com efeito, o legislador não se alheou totalmente do *critério formal* — a atribuição de *personalidade jurídica formal pública* — para a delimitação da cláu-

<sup>(39)</sup> Cfr. CHARLES DEBBASCH, *Institutions et Droit Administratifs*, 3.ª edição, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, págs. 32 e 33.

<sup>(40)</sup> V. SABINO CASSESE, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, 2.ª edição, Torino, 1991, págs. 172 e segs.

<sup>(41)</sup> V. JOÃO CAUPERS, “Âmbito de Aplicação Subjectiva do Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto 2007, pág. 9.

sula de exclusão de responsabilidade. Mais: com a redacção adoptada para a alínea *a*) do n.º 3, o legislador determinou peremptoriamente que *a personalidade jurídico-pública é suficiente para, só por si, isentar uma pessoa colectiva de qualquer responsabilidade criminal*.

A personalidade jurídico-pública permite, pois, dispensar o intérprete de qualquer averiguação adicional quanto à eventual atribuição a cada pessoa colectiva de uma concessão de um serviço público ou de qualquer prerrogativa de poder público; esses dois factores apenas relevarão quando a pessoa colectiva assuma uma natureza privada.

5. Assim, se a personalidade jurídico-pública constitui um critério auto-suficiente para, de modo isolado, isentar uma pessoa colectiva de qualquer responsabilidade criminal, não pode dispensar-se a enunciação, ainda que sucinta, dos caracteres que a doutrina jusadministrativista há muito consolidou como elementos distintivos da natureza pública de uma pessoa colectiva.

Essa consolidação permite afirmar que constituem pessoas colectivas de direito público — isentas, portanto, de qualquer responsabilidade criminal — as entidades que satisfazem os seguintes critérios<sup>(42)</sup>:

- a) Serem criadas por *iniciativa pública* (isto é, tomada por uma decisão pública (seja de nível nacional, regional ou local) e *através de acto jurídico-público*;
  - b) Serem criadas para *assegurar a prossecução necessária — e exclusiva — de interesses públicos*: tal requisito é crucial porque muitas outras pessoas colectivas podem prosseguir fins públicos e receber poderes ou prerrogativas públicas (tal como, desde logo, resulta da própria redacção da alínea *c*) do n.º 3 do artigo 11.º do CP), mas a pessoa de direito público distingue-se por prosseguir *apenas* e tão-somente o interesse público; existe e foi criada com esse único propósito.
- Com efeito, mesmo quem hoje considera que também às entidades públicas subjaz uma margem jurígena de autonomia privada para o

<sup>(42)</sup> Estes são os critérios sustentados, com maiores ou menores variações, por FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, cit., I, págs. 754 e 755; PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 261 e segs.; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 265 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo*, Lex, Lisboa, 1999, págs. 142 e segs. Por exemplo, para PEDRO GONÇALVES, embora a titularidade de poderes públicos — o critério decisivo para VITAL MOREIRA — não se assuma como critério primário, a sua relevância não pode ser desprezada quando uma entidade, apesar de não ser submetida a um regime de ingerência pública, satisfaz os restantes critérios, sendo, em concreto, criada por iniciativa pública e através de um acto jurídico-público. Cfr., *op. cit.*, págs. 264 e 265.



exercício da sua gestão privada reconhece, igualmente, que tal autonomia é compensada através do princípio da especialidade<sup>(43)</sup>; destinando-se as entidades públicas, nos termos da Constituição, à exclusiva prossecução do interesse público<sup>(44)</sup>, qualquer actuação para prossecução de fins privados é inválida por desconformidade com os seus fins constitucional, legal e estatutariamente definidos. A atribuição de personalidade pública a uma entidade implica, pois, a publicização de todos os fins, sem excepção, que a ela são atribuídos<sup>(45)</sup>.

Já uma pessoa de direito privado pode prosseguir o interesse público e a qualquer momento deixar de o fazer sem que por isso viole qualquer obrigação constitucional, legal ou estatutária; mesmo quando prosseguir fins públicos, pode em simultâneo prosseguir fins privados;

- c) Serem titulares de poderes e deveres públicos *em nome próprio*: nenhuma entidade privada está, só pelo simples facto de ser privada, impedida de exercer tais prerrogativas de poder público (como mais uma vez se retira da mesma alínea c) do n.º 3 do artigo 11.º do CP), desde que, naturalmente, o faça para a satisfação de necessidades colectivas. Mas, quando as exercer, fá-lo em nome da Administração Pública, isto é, da entidade jurídico-pública que lhe confiou tais prerrogativas, e na medida em que estas lhe sejam entregues para o exercício eficiente das atribuições que lhe foram confiadas. Tais prerrogativas estarão esgotadas quando a entidade privada deixar de prosseguir fins públicos.

Pelo contrário, uma pessoa de direito público exerce as suas prerrogativas por direito próprio, em seu nome, unicamente fundada numa norma habilitante, sem depender de uma concessão dessas prerrogativas por uma outra entidade pública. É, na verdade, a respectiva natureza jurídico-pública que sustenta o exercício “em nome próprio” de poderes públicos<sup>(46)</sup>, enquanto seu “predicado fundamental”<sup>(47)</sup>, pelo menos quando tais poderes são indissociáveis da missão de interesse público que lhe está confiada, sendo insusceptíveis de serem destacados e exercidos por outro sujeito sem prejuízo do exercício da sua missão<sup>(48)</sup>;

<sup>(43)</sup> Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 529-532.

<sup>(44)</sup> Cfr. n.º 1 do artigo 266.º da Constituição.

<sup>(45)</sup> Cfr. THOMAS GROSS, *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, pág. 28.

<sup>(46)</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, I, cit., pág. 755.

<sup>(47)</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma*, cit., pág. 269.

<sup>(48)</sup> Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, *Entidades*, cit., pág. 265.

- d) Estarem sujeitas a um regime de *ingerência e controlo público* tipicamente regido pelo Direito Público — o qual vai além de um controlo de natureza meramente accionista e assenta, em especial, nos poderes de superintendência e, ou, tutela constitucionalmente previstos<sup>(49)</sup>.

6. Estes critérios permitem assim delimitar, na prática, o conjunto de entidades cuja responsabilidade criminal se encontra excluída por efeito da alínea a) do n.º 3 do artigo 11.º do CP.

Admitindo que uma pessoa colectiva só recebe personalidade pública se prossegue exclusivamente fins de interesse geral que, à partida, caberiam ao Estado, o legislador reconhece-lhes, paralelamente, o mesmo benefício face à lei penal que também o Estado recebe, a saber, a isenção de responsabilidade criminal.

Portanto, além do próprio Estado (no qual se incluem todos os *Ministérios, Direcções-Gerais, Direcções de Serviços, Direcções-Regionais, Repartições, Governos Civis, CCDD, Administração militar* ou todos os outros serviços públicos a que a lei não tenha atribuído personalidade jurídica autónoma), encontram-se isentas de responsabilidade criminal, em razão de lhes ser reconhecida uma personalidade jurídico-pública por aplicação dos critérios *supra* enunciados, as seguintes pessoas colectivas:

- a) As pessoas colectivas públicas **de base territorial**, isto é, as pessoas colectivas a quem o Estado devolve parte dos seus poderes para a prossecução de fins públicos limitados a uma circunscrição territorial. Estão portanto em causa as **Autarquias Locais** e as **Regiões Autónomas**;
- b) As pessoas colectivas públicas **de base institucional**, isto é, as pessoas colectivas que o Estado (ou as outras pessoas públicas de base territorial) cria e os serviços públicos aos quais confere personalidade jurídica autónoma face à sua, para uma maior eficiência na prossecução do interesse público. Ou seja, ultrapassando um fenómeno de **desconcentração administrativa**, que assenta na criação de um serviço no seio da própria pessoa colectiva originária e na atribuição de uma mera autonomia administrativa e, eventualmente, financeira, está-se então perante um fenómeno de **descentralização administrativa** que assenta na atribuição de personalidade jurídica autónoma e na cisão da pessoa colectiva do Estado.

Tais pessoas colectivas de base institucional abrangem as entidades que, por exercerem funções “clássicas” ou “tradicionais” de exercício

<sup>(49)</sup> Cfr. alínea d) do artigo 199.º da Constituição.



de poderes públicos, mantêm uma gestão de natureza burocrática — os **Institutos Públicos** — e aquelas que, por exercerem actividades que não se compadecem com uma gestão burocrática, têm uma natureza empresarial — as antigas Empresas Públicas, hoje denominadas **Entidades Públicas Empresariais**.

- b1) Quanto aos primeiros, têm sido definidos como “entidades colectivas de direito público sem base territorial ou associativa, assentes num substrato institucional, criadas para a prossecução de fins administrativos específicos, sendo provenientes de um fenómeno de descentralização e encontrando-se sujeitas a uma intervenção intersubjectiva por parte de outra entidade pública”<sup>(50)</sup>. Portanto, decisivo é que possa identificar-se um *substrato institucional* que se configure como “criatura de outra pessoa colectiva, cujos fins prossegue”. Isto é, “na falta de substrato pessoal”, a entidade institucional (a “criatura”) prossegue os “interesses da administração-mãe”, “na personificação de uma função, serviço ou estabelecimento”<sup>(51)</sup>, “assentando sobre uma organização de carácter material e não sobre um agrupamento de pessoas”<sup>(52)</sup>. Nos Institutos Públicos estão incluídos os:

- i) **Serviços personalizados do Estado**, isto é, “serviços públicos que a lei destaca da orgânica governativa tradicional, para efeitos de autonomamente gerirem certo ou certos interesses gerais ou colectivos”, e a que atribui personalidade jurídica autónoma<sup>(53)</sup>, como o *Laboratório Nacional de Engenharia Civil* ou a *Agência para a Modernização Administrativa*;
- ii) **Fundações Públicas**, isto é, pessoas colectivas constituídas por iniciativa pública com base num património que é exclusivamente afectado à prossecução de um fim público específico;
- iii) **Estabelecimentos Públicos**, isto é, as pessoas colectivas que prestam serviços de natureza cultural ou social, de forma aberta ao público, tais como as *Universidades Públicas*<sup>(54)</sup> ou, ainda, todos os *Hospitais Públicos* que não recebam natureza empresarial.

<sup>(50)</sup> Cfr. PAULO OTERO, “Institutos públicos”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, 1993, págs. 251 e segs.

<sup>(51)</sup> V. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma.*, cit., págs. 321 e 322.

<sup>(52)</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso.*, I, cit., pág. 364.

<sup>(53)</sup> Cfr. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 22 de Julho de 1955”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 90, 1957-1958, pág. 318.

<sup>(54)</sup> Sublinhe-se que ainda hoje é prolixamente discutida a questão da qualificação das instituições públicas de ensino superior como *institutos públicos* ou *associações públicas* — ou, até,

Embora sujeitas a um regime substancialmente diverso, em razão da especial fragilidade de alguns dos interesses públicos afectados e da necessidade de independência face ao poder político, também as *entidades administrativas independentes* são legalmente qualificadas como Institutos Públicos, ainda que sujeitas a um “regime especial, com derrogação do regime comum na estrita medida necessária à sua especificidade” (cfr. alínea *f*) do n.º 1 do artigo 48.º da Lei Quadro dos Institutos Públicos<sup>(55)</sup>).

- b2) Por sua vez, as *Entidades Públicas Empresariais* consistem na espécie de empresas públicas caracterizadas por serem dotadas de personalidade jurídico-pública, devotadas estatutariamente à prossecução *exclusiva* do interesse público, mantendo com o Estado os vínculos próprios de Direito Público que resultam dos poderes de superintendência e de tutela administrativa. Na prática, correspondem ao antigo conceito de “Empresa Pública”, previsto no Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, antes de sofrer a drástica modificação (e ampliação do respectivo alcance) imposta pela ordem jurídica comunitária.

Com efeito, apesar de, para assegurar o efeito útil das regras comunitárias, o legislador comunitário impor aos Estados-membros um *conceito funcional* de “*Empresa Pública*”, dotado de uma vocação expansiva, que abarca — e, portanto, submete às vinculações jurídico-públicas — as *empresas que sejam objecto de uma “influência dominante” pelos poderes públicos*<sup>(56)</sup>, já o legislador penal optou, como se viu, ao

como entidades atípicas que reúnem traços mistos daqueles dois tipos de pessoas colectivas públicas. Reconduzindo as instituições de ensino superior ao tipo “institutos públicos”, cfr., entre outros, PAULO OTERO, “Institutos públicos”, cit., págs. 267 e segs.; VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma.*, cit., págs. 368 e 369; FREITAS DO AMARAL, *Curso.*, cit., I, págs. 423 e 424; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 1980, pág. 213. Sustentando a sua qualificação como associações públicas ou, no mínimo, como entidades atípicas nas quais prevalecem os caracteres associativos, v. MARCELO REBELO DE SOUSA, *A Natureza Jurídica das Universidades no Direito Português*, Lisboa, 1992, págs. 15 e segs.

Contudo, é evidente que tal discussão em nada altera a conclusão quanto à aplicabilidade da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal prevista na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 11.º do CP: tanto aos institutos públicos como as associações públicas é pacificamente reconhecida a personalidade jurídica-pública, pelo que aquela cláusula sempre lhes será aplicável.

<sup>(55)</sup> Aprovada pela Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 105/2007, de 3 de Abril.

<sup>(56)</sup> Cfr. a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 2.º da Directiva n.º 80/723/CEE, na redacção (e numeração) introduzida pela Directiva n.º 2000/52/CE, da Comissão. Esse conceito viria a ser transposto para o Direito interno pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto) — ainda que a transposição fosse deficiente; cfr., sobre a imperfeição na transposição do conceito comunitário de “empresa pública”, FAUSTO DE QUADROS,



redigir a alínea *a*) do n.º 3 do artigo 11.º do CP, por alhear-se desse *critério funcional* e abrangente (o qual, como se verificará adiante, apenas utiliza — parcialmente — nas alíneas *b*) e *c*) do n.º 3) para delimitar o âmbito da cláusula de exclusão de responsabilidade penal, preferindo recorrer a um *critério formal* que assenta na *natureza jurídico-pública da personalidade* atribuída a cada entidade colectiva.

Por isso, da exclusão de responsabilidade operada pela alínea *a*) do n.º 3 apenas beneficia uma espécie de “Empresas Públicas”: as *Entidades Públicas Empresariais* — as únicas empresas públicas que, nos termos previstos no artigo 23.º do Regime do Sector Empresarial do Estado (RJSE) <sup>(57)</sup>, recebem uma personalidade pública, da qual decorre a obrigação de prossecução *exclusiva* do interesse público, a capacidade de exercer prerrogativas de poder público *em seu próprio nome* e o dever de submissão aos poderes típicos de superintendência e tutela administrativa.

Ainda que se mantenha submetida a uma “influência dominante” pelo Estado, qualquer outra empresa pública assume uma *natureza privada*, sendo “plenamente sujeita ao regime jurídico comercial, laboral e fiscal, ou de outra natureza, aplicável às empresas cujo capital e controlo é exclusivamente privado” (cfr. n.º 3 do artigo 7.º do RJSE). A sua personalidade privada, impede-as, por isso, de beneficiar da exclusão de responsabilidade prevista na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 11.º do CP — sem prejuízo de, evidentemente, poder ser submetida à apreciação casuística quanto à verificação dos critérios previstos nas alíneas *b*) e *c*) do n.º 3 para entidades privadas.

É isso mesmo que, de resto, resulta da referência meramente “pedagógica” que essa alínea *a*) faz quanto às “entidades públicas empresariais”, esclarecendo que elas se integram no conceito de “pessoas colectivas de direito público” — confirmando, com isso, a intenção legislativa de excluir do respectivo âmbito as demais “empresas públicas” que se mantêm desprovidas de uma personalidade jurídico-pública. Essa referência autoriza o intérprete a proceder à mesma distinção no âmbito do *sector empresarial local*: abandonando a tipologia rudimentar de empresas do sector autárquico elencada pela Lei n.º 58/98, de 28 de Agosto, que dificultava, em muito, a tarefa de identificação

“Serviço Público e Direito Comunitário”, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, págs. 296 e segs.

<sup>(57)</sup> Aprovado pelo já referido Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto.

da respectiva natureza jurídica <sup>(58)</sup>, a Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, distingue as “sociedades constituídas nos termos da lei comercial” (cfr. n.º 1 do artigo 3.º) das *Entidades Empresariais Locais*, moldando estas últimas à imagem das Entidades Públicas Empresariais e atribuindo-lhes expressamente personalidade de direito público (cfr. artigo 33.º) <sup>(59)</sup>.

A aplicação do critério formal adoptado pelo legislador penal na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 11.º do CP impõe, por isso, a conclusão de que beneficiam da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal as *Entidades Empresariais Locais*, sendo as restantes empresas do sector autárquico remetidas para uma análise casuística da verificação dos critérios previstos nas alíneas *b*) e *c*) do n.º 3 do artigo 11.º

- c*) Por último, assumem uma natureza formal jurídico-pública as *pessoas colectivas de base associativa*, isto é, pessoas colectivas vocacionadas para a prossecução exclusiva de fins de interesse público e que, ao contrário dos Institutos Públicos, assentam num agrupamento de indivíduos e não num substrato material.

Isto é, tratam-se de organizações de *natureza associativa* “criadas para assegurar a prossecução de determinados interesses públicos pertencentes a um grupo de pessoas que se organizam para a sua prossecução” <sup>(60)</sup>, formadas, portanto, por *membros* ou *associados*, cuja existência não é afectada pela mudança destes; partilham com os Institutos Públicos «a criação estadual, o exercício de poderes públicos, o regime de direito público», mas partilham com as associações privadas «o substrato pessoal, tendo por isso membros ou associados, cuja vontade colectiva determina a acção da corporação» <sup>(61)</sup>.

Estão pois em causa as **Associações Públicas**, as quais abrangem as associações de entidades públicas (como as associações de municípios ou de freguesias) e de entidades privadas (como as *Ordens Profissionais [Ordem dos Advogados]* ou como as *Câmaras Profissionais [Câmara dos Solicitadores]*).

<sup>(58)</sup> Sobre a natureza ambígua e atípica das empresas do sector público autárquico no âmbito da Lei n.º 58/98, cfr., entre outros, PEDRO GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 12 e 13; *Idem*, *Entidades Privadas*, cit., págs. 266 e segs.; COUTINHO DE ABREU, “Sobre as Novas Empresas Públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98)”, in *BFDC, Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2003, págs. 561 e segs.

<sup>(59)</sup> Sobre este “dualismo organizativo”, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regime*, cit., págs. 81 e segs.

<sup>(60)</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso*, I, cit., págs. 423 e 424.

<sup>(61)</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma*, cit., pág. 349.



**C) Pessoas colectivas de direito privado: “entidades concessionárias de serviços públicos” e “demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público”**

7. A aplicação dos critérios de identificação da natureza formal jurídico-pública das entidades colectivas, a que agora se procedeu, apresenta uma utilidade dupla.

Em primeiro lugar, permite identificar, de modo exaustivo, a lista de beneficiários da cláusula de exclusão da responsabilidade criminal, constante da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 11.º do CP, em razão da atribuição de uma personalidade de direito público, afastando dessa lista o conjunto de entidades que, apesar de (também) prosseguirem fins de natureza pública, não satisfazem os requisitos acima enunciados e assumem, por isso, uma natureza privada.

Em concreto, por serem associadas à Administração Pública no exercício da tarefa de satisfação de necessidades colectivas, as **Instituições Particulares de Interesse Público** são parcialmente submetidas a vinculações jurídico-públicas e podem sofrer uma ingerência mais ou menos intensa na sua gestão. Todavia, essa circunstância não basta para que lhes seja reconhecida uma personalidade pública: a configuração constitucional, legal e estatutária do seu objecto não as impede de prosseguir fins privados — que podem assumir, em alguns casos, um carácter lucrativo — ao mesmo tempo que desempenham tarefas públicas. Por isso, também as prerrogativas de poder público que eventualmente recebam são exercidas em nome da Administração e não em seu próprio nome, pelo tempo e nas condições que a Administração determinar, na estrita medida necessária para o cumprimento da tarefa pública que lhes foi confiada <sup>(62)</sup>.

8. É este o caso, por um lado, das *sociedades de interesse colectivo* — pessoas privadas de natureza empresarial, formadas e geridas de acordo com a lei comercial, que, em razão da atribuição de tarefas de satisfação de necessidades colectivas (acompanhadas, ou não, de prerrogativas de autoridade), são parcialmente submetidas a um regime de vinculações jurídico-públicas e à ingerência pública na respectiva gestão. Tais sociedades incluem as “empresas públicas” integradas no sector empresarial nacional, regional ou local a que não seja reconhecida uma personalidade jurídica de direito público.

É também este o caso, por outro lado, das *pessoas colectivas de utilidade pública* — associações e fundações de direito privado que, por prosseguirem (pelo menos parcialmente) fins não lucrativos de interesse geral e por coopera-

<sup>(62)</sup> Para uma análise aprofundada do regime das Instituições Particulares de Interesse Público, cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso.*, cit., I, págs. 715 e segs.

rem com a Administração Pública na prossecução desses fins, recebem dela a declaração de utilidade pública em troca da submissão a um regime parcialmente disciplinado pelo Direito Administrativo.

Incluem-se neste último conjunto de entidades privadas <sup>(63)</sup>:

- a)* As **pessoas colectivas de utilidade pública administrativa**, que se caracterizam pela sujeição a uma intervenção muito intensa por parte da Administração (chegando a incluir um controle financeiro e tutela administrativa), em virtude da maior relevância dos fins que prosseguem, como sucede com as *Associações de Bombeiros Voluntários* ou outras *associações humanitárias*;
- b)* As **instituições particulares de solidariedade social**, como as *Misericórdias*; e
- c)* As **pessoas colectivas de mera utilidade pública**, que sofrem uma intervenção menos intensa por parte da Administração, em virtude da menor relevância social dos fins que prosseguem. Aqui se incluem todos os *clubes desportivos* que tenham recebido a declaração de utilidade pública, as *associações científicas* e as *colectividades culturais ou recreativas*.

9. Mas a aplicação dos critérios de identificação da natureza formal jurídico-pública dos entes colectivos apresenta uma valia adicional: é que, como já se demonstrou, o legislador penal recorreu a um *critério formal/orgânico* (a natureza pública ou privada da personalidade do ente colectivo — alínea *a*) do n.º 3 do artigo 11.º) para delimitar o âmbito da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal — *mas não se confinou a ele*.

Ao invés disso, adaptou os *critérios funcionais* previamente desenvolvidos pela doutrina juspublicista, que identificam o “público” por aquilo que se **faz** — e não por aquilo que se **é** <sup>(64)</sup> —, e recorreu a *dois factores adicionais* que permitem abarcar outras entidades — *formalmente privadas* — que exibem uma especial conexão com o *sector público* em virtude da circunstância de serem *instrumentalmente utilizadas pela Administração Pública para a satisfação de necessidades colectivas*:

- i)* Por um lado, determinou a exclusão da responsabilidade criminal de *qualquer pessoa colectiva que exerça “prerrogativas de poder público”* (cfr. alínea *c*) do n.º 3);

<sup>(63)</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso.*, cit., I, págs. 719-724; 735-748.

<sup>(64)</sup> V. JOÃO CAUPERS, “Âmbito...”, cit., pág. 9.



- ii) Por outro lado, dispensou mesmo a necessidade de identificação dessas prerrogativas sempre que se divise *um título jurídico-público pelo qual se haja concessionado a uma entidade formalmente privada a gestão de um serviço público* (cfr. alínea *b*) do mesmo número).

Assim, em resultado da redacção das alíneas *b*) e *c*) do n.º 3 do artigo 11.º do CP, pode concluir-se que a inexistência de personalidade de direito público não tem por efeito *afastar a aplicação* da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal a todas as entidades privadas, mas, apenas, a de forçar o intérprete a *averiguar casuisticamente* se uma entidade desprovida de personalidade pública *i*) goza de um título de concessão de um serviço público ou, em qualquer caso, *ii*) dispõe de prerrogativas de poder público — estando essa análise casuística dispensada, pela alínea *a*) do n.º 3, para as entidades dotadas de natureza formal jurídico-pública.

10. Em rigor, pode dizer-se que o alargamento da lista de beneficiários da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal, operado pelas alíneas *b*) e *c*), constitui um aperfeiçoamento da técnica que, muito tempo antes, o legislador do Código do Procedimento Administrativo (CPA) havia adoptado para alargar o âmbito de aplicação do regime procedimental jurídico-público previsto nesse Código às entidades privadas dotadas de poderes de autoridade.

Com efeito, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 2.º do CPA, as disposições do Código “são ainda aplicáveis aos actos praticados por entidades concessionárias no exercício de poderes de autoridade”. Ora, tal como pacificamente se veio a entender, se o legislador pretendia regular o exercício de prerrogativas de autoridade por todas as entidades — formalmente públicas ou privadas — com que os particulares se confrontam no âmbito de relações jurídicas administrativas, seria incompreensível que limitasse a aplicação do regime do procedimento administrativo aos casos em que o exercício de uma tarefa pública assenta num título denominado “concessão”. Tal entendimento restritivo permitiria legitimar a conclusão de que autoridades que praticam actos jurídico-públicos numa posição de desigualdade (e de supremacia) face aos administrados estariam dispensadas do cumprimento do regime procedimental e substantivo do CPA.

A doutrina e a jurisprudência jusadministrativistas consolidaram, por isso, o entendimento de que a cláusula de alargamento do regime do CPA a “entidades concessionárias” impõe a sua aplicação a todos os casos em que, em virtude de qualquer título (e não apenas em virtude de uma concessão), entes privados são chamados a exercer, em nome ou por devolução admi-

nistrativa, perante terceiros, prerrogativas ou poderes similares aos dos entes públicos<sup>(65)</sup>.

É, assim, para ultrapassar as imperfeições daquela cláusula constante do CPA que o legislador penal recorre a uma cláusula dupla para enunciar o conjunto de entidades privadas cuja responsabilidade criminal é excluída:

- i*) Por um lado, mantendo a redacção do n.º 3 do artigo 2.º do CPA, permite a exclusão da responsabilidade de qualquer entidade que haja recebido a *concessão* (seja por via legal ou contratual) *de um serviço público*, independentemente da respectiva titularidade (pública ou privada) ou do tipo de prerrogativas que em concreto lhe hajam sido confiadas;
- ii*) Por outro lado, para que o âmbito da exclusão de responsabilidade criminal não se limite aos casos em que o exercício de poderes públicos advém de uma concessão, integra na lista de beneficiários dessa cláusula todas as “demais pessoas colectivas que *exerçam prerrogativas de poder público*”.

11. Ora, para que se apreenda com precisão qual a intenção legislativa que orientou a delimitação dos *beneficiários privados* da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal, será útil que se recorde que um dos critérios *supra* enunciados para a identificação das entidades dotadas de personalidade pública consiste na atribuição da titularidade de poderes públicos para exercício em nome próprio.

Com efeito, como se verificou, apenas as entidades dotadas de natureza formal jurídico-pública podem exercer as prerrogativas de autoridade por direito próprio e em seu nome, recorrendo, para esse efeito, a uma norma habilitante que dispensa a autorização de qualquer outra entidade para o exercício de poderes públicos. É, na verdade, essa personalidade pública que, enquanto seu “predicado fundamental”<sup>(66)</sup>, sustenta o exercício “em nome próprio” de poderes indissociáveis da missão de interesse público que lhes está confiada<sup>(67)</sup>.

Esse critério distintivo da personalidade pública permite concluir que, em contrapartida, as entidades formalmente privadas que exercem prerrogativas de poder público não apenas o fazem em nome de uma outra entidade como, sobretudo, restringem tal exercício à estrita medida necessária para a prossecução

<sup>(65)</sup> Cfr., neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª edição, 6.ª reimpressão, Almeida, Coimbra, 2006, págs. 72 e 73.

<sup>(66)</sup> Cfr. VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma.*, cit., pág. 269.

<sup>(67)</sup> Cfr. FREITAS DO AMARAL, *Curso.*, I, cit., pág. 755.



eficiente das tarefas públicas que lhes sejam confiadas, estando por isso tais prerrogativas esgotadas quando os fins públicos deixarem de ser exercidos.

Ora, tendo em conta que as alíneas *b*) e *c*) do n.º 3 do artigo 11.º mantêm uma vocação de estrita aplicação a entidades formalmente privadas (pois que, evidentemente, a aplicação a entidades públicas já se encontra prejudicada pelo âmbito de regulação da alínea *a*)), o legislador penal pressupõe que o recurso ao exercício de “prerrogativas de poder público” como critério de delimitação da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal assegura que só serão beneficiárias dessa exclusão as entidades a quem tenham sido confiadas tarefas públicas — uma vez que assume como juridicamente impossível e constitucionalmente vedada a hipótese de identificação de entidades a quem se haja confiado poderes públicos desacompanhados da atribuição de qualquer tarefa de satisfação de necessidades colectivas.

É, portanto, este, em suma, o sentido da redacção conjugada das três alíneas do n.º 3 do artigo 11.º do CP: adoptando o *critério funcional* de identificação da natureza pública dos entes colectivos, o legislador penal *isenta de responsabilidade criminal todas as entidades a quem seja confiada a satisfação de necessidades colectivas e o exercício de tarefas públicas*. Ou, sob outra perspectiva, partindo do pressuposto de que *o Estado não pode exercer a acção penal contra si próprio*, o legislador estende a *prerrogativa de isenção do exercício da acção penal a todos os instrumentos ou manifestações que o Estado usa para a prossecução das tarefas que originariamente eram suas*, independentemente da natureza formal pública ou privada que cada um desses entes instrumentais venha a assumir.

#### D) O alcance inconstitucional da cláusula de exclusão da responsabilidade criminal

12. A análise *supra* empreendida permite apreender quais os pressupostos em que o legislador penal assentou para enunciar a lista de beneficiários da cláusula de exclusão da responsabilidade criminal constante dos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º do CP.

Mas, concluída essa análise, não é possível deixar de verificar que esses (razoáveis) *pressupostos teóricos* foram concretizados, *na prática*, através de uma técnica de redacção que pode originar consequências totalmente imprevisíveis na aplicação da lei penal a sectores de actividade presididos pela lógica do mercado e da livre concorrência.

O nefasto equívoco do legislador penal pode ser identificado através do recurso a um dos outros critérios que acima se enunciou para o reconhecimento da personalidade jurídico-pública dos entes colectivos. Como então se disse, a atribuição de uma natureza pública a uma pessoa colectiva equivale a assegurar

a circunscrição do seu objecto de actividades à prossecução de fins de interesse público; o seu dever constitucional, legal e estatutário de prossecução exclusiva de tarefas públicas invalida todos os actos tendentes à prossecução de actividades privadas. É por isso que a publicização da natureza de uma entidade administrativa implica a publicização de todos os fins que a ela sejam confiados.

E é exactamente isso que não sucede com uma entidade dotada de personalidade privada, que consiste num simples “mecanismo aparelhado pela ordem jurídica para mais fácil e mais eficaz realização dos seus interesses particulares” (68); por isso, mesmo quando lhe hajam sido confiadas tarefas públicas, os actos de satisfação de necessidades colectivas não constituem senão uma evidente situação de “dualidade” e de “irredutível ambivalência” no seu objecto (69).

É, de facto, a sua personalidade privada que legitima a satisfação de fins próprios em coexistência com fins de interesse geral, atribuindo à prossecução do *interesse público um regime de provisoriedade e precariedade* (70).

Em suma: *essa personalidade privada habilita uma entidade dotada de “prerrogativas de poder público” a desenvolver quaisquer outras actividades (ou, se for caso disso, a esmagadora maioria das suas actividades) tendentes à satisfação dos seus interesses próprios — nada impedindo que essas actividades sejam mesmo desenvolvidas no âmbito de um mercado concorrencial e em competição com quaisquer outros operadores económicos desprovidos de “prerrogativas de poder público”*.

13. Ora, como é evidente, desde que não se adopte uma abordagem marcadamente ideológica, não pode alegar-se que a coexistência com a prossecução de interesses particulares é, só por si, ilegal, ilegítima ou subversiva do interesse público. Não pode afirmar-se, pelo menos em abstracto, que a atribuição de tarefas públicas a entidades que também prosseguem interesses próprios não seja, em alguns casos, benéfica para o incremento da eficácia na satisfação das necessidades colectivas.

Mas é igualmente seguro — insista-se: mesmo dispensando qualquer abordagem ideológica — que o recurso a tais entidades jurídico-privadas já será *totalmente ilegítimo* quando tenha por efeito atribuir a um dos competidores que operam num mercado concorrencial um conjunto de privilégios de que os demais concorrentes não usufruem e, em consequência, desvirtue a igualdade que deveria subjazer a esse mercado.

(68) Cfr. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 319.

(69) Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades*, cit., pág. 931.

(70) Cfr., neste sentido, FREITAS DO AMARAL, *Curso*, I, cit., pág. 755.



Ora, poderia, sob esta perspectiva, sustentar-se a validade e a correcção da solução constante do n.º 3 do artigo 11.º do CP no caso de o legislador ter delimitado o âmbito da exclusão da responsabilidade criminal à prossecução de necessidades colectivas — isto é: excluindo a responsabilidade criminal *apenas quando os factos ilícitos fossem praticados no exercício de poderes públicos*, salvaguardando a posição dos operadores económicos privados quando as entidades dotadas de poderes públicos pretendessem competir com eles num mercado submetido à lógica concorrencial.

Mas não foi sequer isso que o legislador fez: embora tenha partido, como se viu, de um *pressuposto funcional* para a identificação dos beneficiários dessa cláusula de exclusão — entidades que prosseguem funções de interesse público —, concretizou tal pressuposto através de uma *isenção de natureza subjectiva* — isto é, uma isenção que beneficia toda a actividade de um sujeito dotado de “prerrogativas de poder público”, mesmo quando os factos descritos nas normas incriminadoras sejam praticados no âmbito de uma actividade totalmente alheia à missão pública que lhes haja sido confiada.

Com efeito, ao identificar os beneficiários da exclusão de responsabilidade criminal através da existência de uma “concessão de serviço público” ou da atribuição de “prerrogativas de poder público”, o legislador determinou que, para efeitos da lei penal, a qualidade de “pessoa colectiva pública” não depende sequer da *importância relativa* que a satisfação de necessidades de interesse geral assume na actividade do ente colectivo. É que, nos termos previstos nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 3, a condição para a qualificação como “pessoa colectiva pública” — insista-se: ser “concessionário de serviços públicos” ou receber “prerrogativas de poder público” — não implica que a entidade esteja exclusivamente encarregada de satisfazer necessidades públicas (para tal garantia seria necessário, como se viu, a atribuição de personalidade formal pública), sendo pois indiferente que, para além dessa missão, tenha a liberdade de exercer outras actividades — mesmo, reitera-se, no âmbito de um mercado concorrencial e em competição com operadores económicos que não beneficiam da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal.

E, em qualquer caso, constituindo a enunciação dos autores dos factos ilícitos um *elemento do tipo de ilícito penal*, é vedado ao intérprete sustentar um entendimento que legitime a punibilidade de um agente cuja responsabilização não decorria directa e expressamente da norma incriminadora, sob pena de violação do princípio da legalidade penal e do princípio da culpa constantes do artigo 29.º da Constituição (71).

(71) Sobre a ilegitimidade de uma interpretação que restrinja o âmbito desta cláusula de exclusão de responsabilidade — e, portanto, sob a perspectiva inversa, que alargue o âmbito da punibilidade da acção ilícita —, v., *infra*, 18.

Assim, a identificação de um serviço público que haja sido concessionado a um ente privado ou de uma prerrogativa de poder público que lhe haja sido confiada é suficiente para exercer uma “vis atractiva” que “contamina” toda a actividade do ente privado e que determina a sua qualificação, para os estritos efeitos da lei penal, como “pessoa colectiva pública”.

14. O âmbito desmedido deste privilégio atribuído a entidades privadas não pode assim deixar de provocar a repulsa pela solução consagrada pelo legislador penal.

Com efeito, essa solução impõe, como bem se compreende, a aplicação de um regime desigualitário ou diferenciado entre dois tipos de entidades dotadas de capacidade jurídica para actuar num mercado concorrencial e competitivo: *i)* as entidades a quem tenha sido concessionado um serviço público ou a quem tenha sido atribuída uma prerrogativa de poder público — mesmo que tal ocorra para o exercício de uma actividade totalmente diversa do sector de mercado onde a concorrência se produz e *ii)* todas as outras entidades que não tenham recebido qualquer missão de interesse público.

Ora, tendo em conta, que no actual ordenamento constitucional, o princípio da igualdade arvora-se em «princípio estruturante do sistema constitucional global» que qualifica a posição de cada sujeito dentro da ordem social (72), não é difícil antever que o intérprete é forçado a confirmar quais os pressupostos fácticos que justificaram a criação de um tal *regime material desigualitário*.

É que, como é consabido, a ordem constitucional não exige hoje uma *igualdade na aplicação do direito* (em sentido *formal*), pressupondo antes (num sentido *material*) a *igualdade através do direito* (73); as próprias normas jurídicas criam uma *igualdade real* tratando “igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual”.

Portanto, não se exige uma aplicação “por igual” da lei; reclama-se, apenas, que o *fundamento material eleito pelo normador como critério justificativo da desigualdade seja razoável e não arbitrário*.

Isto é, a confirmação do respeito pelo princípio da igualdade material depende da avaliação dos *fins que se pretende alcançar com o estabelecimento de um regime desigualitário*. Sendo necessário dar tratamento jurídico a um conjunto de categorias de situações, o critério que determinará a qualificação dessas situações como iguais resulta directamente da *ratio* do tratamento jurídico que se lhes pretende dar. Ou seja, “a qualificação de uma situação

(72) Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 336 e 338.

(73) Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 426 e 427.



como igual a outra inclui, necessariamente, a razão pela qual ela deve ser tratada de certo modo" (74).

Assim sendo, tal como repetidamente tem sustentado o Tribunal Constitucional (na senda da Comissão Constitucional e, bem assim, do Tribunal Constitucional Federal alemão), a *proibição do arbítrio*, enquanto princípio negativo de controlo, exercendo uma função de limite externo da actividade legislativa, permite decidir se o critério que presidiu à determinação das situações como iguais ou desiguais encontra uma justificação material objectiva e suficiente na *ratio* do tratamento jurídico que se lhes dá; isto é, se a conexão entre o critério escolhido para sustentar a desigualdade e a *ratio* de tal tratamento desigual encontra um «fundamento material bastante ou suficiente» (75), um «adequado suporte material» (76), um «motivo pertinente» (77) ou uma «causa justificativa poderosa» (78), concluindo-se pela inconstitucionalidade do regime desigualitário na ausência de tal «fundamento razoável que resulte da natureza das coisas» ou das situações objecto da comparação (79).

15. Ora, procedendo à avaliação da *razoabilidade* da diferenciação material imposta pelo legislador penal, não pode deixar de questionar-se, desde logo, a bondade do próprio *pressuposto teórico* que justifica a *exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas*.

Efectivamente, por mais relevante que seja a missão de interesse público satisfeita por uma pessoa colectiva, é difícil imaginar a razão por que o simples facto de o ilícito ter sido praticado no âmbito de uma tarefa pública deve isentar de qualquer responsabilidade criminal a entidade em cujo "nome e interesse colectivo" (cfr. n.º 2 do artigo 11.º do CP) os respectivos dirigentes praticam o delito de detenção de instrumentos de escuta telefónica fora das condições legais

(74) MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, "Princípio da Igualdade — Fórmula Vazia ou Fórmula Carregada de Sentido?", in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 356, pág. 42.

(75) Cfr., entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 39/88 (processo n.º 136/85) e n.º 433/87 (processo n.º 224/86).

(76) Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 425/87 (processo n.º 262/86).

(77) Cfr. Parecer da Comissão Constitucional n.º 28/81, de 6 de Outubro.

(78) Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 44/84 (processo n.º 90/83).

(79) Este foi o critério originariamente estabelecido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, e depois irradiado para a jurisprudência constitucional de outros ordenamentos europeus, incluindo o português. Cfr., por todos, *BVerfGe* 1, 14 (52); 60, 101 (108).

Para o efeito, o Tribunal Federal adoptou a linha doutrinária inovadoramente apontada por LEIBHOLZ, que, na sua bem conhecida monografia, sustentava que existe violação do princípio da igualdade e da proibição do arbítrio quando não se verifica uma *conexão intrínseca entre o regime adoptado e o fim pretendido com o mesmo*. Cfr. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2.ª edição, C. H. Beck, München/Berlin, 1959, págs. 76 e segs.

(cfr. artigo 276.º do CP) — ao passo que uma entidade privada deve ser condenada por esse mesmíssimo delito. Do mesmo modo, não se vê o motivo pelo qual duas entidades a quem pode ser imputado o mesmo crime de poluição (cfr. artigo 279.º do CP) devem receber um tratamento diferenciado só porque uma delas recebeu uma natureza formal jurídico-pública.

Mas, ainda que se aceitasse como "fundamento razoável" para a criação de um regime desigualitário a promoção da eficiência na *satisfação de necessidades colectivas e o exercício de tarefas públicas* — argumento, como bem se vê, de "razoabilidade" (no mínimo) muito questionável —, não pode duvidar-se de que tal "razoabilidade" cessa quando esse privilégio seja utilizado para afastar a incriminação por factos ilícitos praticados no âmbito de uma actividade totalmente alheia a qualquer missão pública.

Sucedendo que é essa mesma (*desrazoável*) solução que o legislador impôs quando determinou que a identificação de *um* serviço público que haja sido concessionado a um ente privado ou de *uma* prerrogativa de poder público que lhe haja sido confiada é suficiente para destruir qualquer possibilidade de incriminação no âmbito de *toda* a sua actividade.

16. Ora, a análise dos ilícitos típicos que, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 11.º do CP, podem ser imputados a pessoas colectivas permite verificar que tal incriminação incide, em primeiro lugar, num conjunto de "crimes contra as pessoas" — tanto crimes contra a integridade física, tais como os crimes de maus tratos (artigo 152.º-A), escravidão (artigo 159.º) ou tráfico de pessoas (artigo 160.º) como crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, tais como os crimes de abusos sexuais contra pessoas incapazes de resistência, pessoas internadas, crianças, menores dependentes ou adolescentes (artigos 163.º a 173.º).

Mas tal lista inclui também crimes contra o património ou crimes que, sendo qualificados como "contra a vida em sociedade" ou "contra o Estado", assumem uma especial relevância patrimonial e que podem constituir um factor de total distorção da igualdade de competição em mercados concorrenciais. Essa lista inclui, com efeito, os crimes de burla e burla qualificada (artigos 217.º e 218.º), de falsificação ou contrafacção de documento (artigo 256.º), de falsificação de moeda, título de crédito e valor selado e de falsificação de cunhos, pesos e objectos análogos (artigos 262.º a 271.º), de infracção de regras de construção (artigo 277.º), de poluição (artigos 279.º e 280.º), de corrupção de substâncias alimentares e medicinais (artigo 282.º), de suborno (artigo 363.º), de favorecimento pessoal (artigo 367.º), de branqueamento (artigo 368.º-A) e de corrupção passiva e activa (artigos 372.º a 374.º).

Ora, tendo em conta que a *isenção subjectiva* constante do n.º 3 do artigo 11.º do CP permite excluir toda a responsabilidade criminal resultante de qualquer acti-



vidade de uma pessoa colectiva que beneficie de uma das marcas distintivas jurídico-públicas previstas nas suas três alíneas, é então legítimo concluir que, ilustrativamente:

- a) No âmbito do mercado concorrencial da construção, todos as entidades colectivas que infringam regras de construção e que, desse modo, nos termos do disposto no artigo 287.º do CP, criem perigo para a vida ou integridade física de outrem ou para bens patrimoniais de valor elevado podem ser criminalmente responsabilizados por esse facto; mas os concorrentes a quem, entre as muitas obras em curso, tenha sido atribuída a concessão de um serviço público, estão dispensados de qualquer responsabilidade criminal;
- b) No âmbito da actividade do comércio alimentar, todas as entidades colectivas que confeccionem alimentos em contração ao disposto no artigo 282.º do CP podem ser criminalmente responsabilizadas — excepto os concorrentes que actuem nesse mercado e que, por coincidência, também desempenhem uma actividade na qual lhes tenha sido concedida uma prerrogativa de poder público;
- c) Por último, no âmbito de qualquer actividade económica ou industrial em geral, todos os operadores económicos devem respeitar as disposições legais e regulamentares destinadas a tutelar bens ambientais, a que se referem os artigos 278.º a 281.º, sob pena de a sua violação acarretar a aplicação das sanções criminais decorrentes dos ilícitos aí descritos; em contrapartida, os operadores económicos que recebam prerrogativas de poder público dispõem da garantia, formalmente consagrada no n.º 3 do artigo 11.º do CP, de que nenhuma responsabilidade criminal lhes será imputada.

Em consequência, a alguns dos operadores económicos que competem num mercado (pretensamente livre, igual e concorrencial) podem ser aplicáveis sanções que variam desde a pena de multa até à pena de dissolução, passando pela proibição de celebração de contratos, pela privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos, pela interdição do exercício de actividades ou pelo encerramento de estabelecimentos (cfr. artigos 90.º-A a 90.º-L do CP); a outros operadores económicos que competem no mesmíssimo mercado é assegurada a inaplicabilidade de tais sanções.

Como é bom de ver, a falta de um “fundamento razoável” para a criação de um tal regime material desigualitário é tão ostensiva que elimina qualquer dúvida que pudesse ser suscitada quanto à arbitrariedade da solução adoptada; não existe, com efeito, qualquer conexão minimamente plausível entre a desigualdade fáctica que o legislador pretenderia tutelar e o alcance do privilégio

que atribuiu a parte dos operadores de mercado que competem num mercado concorrencial<sup>(80)</sup>.

17. A gravidade da solução legislativa adoptada é tanto maior quanto se sabe o alcance avassalador das “prerrogativas de poder público” que a Administração tem confiado a entidades privadas.

Com efeito, deve ter-se em mente que o conceito de “prerrogativa de poder público” não integra apenas as faculdades dotadas de maior lesividade para os direitos e garantias dos administrados; por outras palavras, o conceito de “prerrogativa de poder público” não designa apenas os poderes de imposição ou execução coerciva (v. g., actos de expropriação), aplicação de taxas ou, em geral, de imposição de sanções ou de adopção de medidas de polícia. Deve reconhecer-se que, só por si, em razão da dispersão com que são confiados a entidades privadas, já poderiam ser identificados na esfera jurídica de um número incontável de operadores privados e, em consequência do privilégio previsto na alínea c) do n.º 3 do artigo 11.º do CP, minar de forma irremediável a concorrência cujo funcionamento salutar a alínea a) do artigo 99.º da Constituição exige que o Estado promova.

Mas para que se identifique uma entidade privada que beneficia do privilégio atribuído pela alínea c) do n.º 3 do artigo 11.º do CP não se exige a identificação de uma habilitação para a prática de tais actos particularmente lesivos da esfera jurídica dos administrados; as “prerrogativas de poder pública” também incluem as faculdades de prática de actos de autoridade no âmbito de actividades de regulação, de certificação, de inspecção e de controlo de qualidade.

Em concreto, pode recordar-se, para este efeito, que estudos monográficos realizados há poucos anos enumeravam prerrogativas de poder público atribuídas, entre tantas outras entidades privadas, a organismos responsáveis<sup>(81)</sup>:

- a) Pela gestão dos sectores industrial e comercial — entidades gestoras de áreas de localização empresarial ou confederações empresariais;
- b) Pela gestão do domínio “*pt*” na Internet;
- c) Pela gestão de competições desportivas;
- d) Pela inspecção e certificação oficial de veículos, navios, instalações eléctricas ou elevadores;
- e) Pela fiscalização de obras; ou

<sup>(80)</sup> Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 39/88 (processo n.º 136/85) e n.º 433/87 (processo n.º 224/86).

<sup>(81)</sup> Cfr., por todos, o estudo de PEDRO GONÇALVES, *As Entidades*, cit., págs. 803 e segs.



- f) Pela certificação de qualidade no sector agrícola (certificação de géneros alimentícios, de vinhos e produtos vitivinícolas, de queijos, de espécies agrícolas e hortícolas).

Como bem se vê, não pode evitar-se a conclusão de que é beneficiária de um “*poder público*” a entidade particular que — nos termos de uma lei habilitante — recebe de um órgão administrativo a tarefa de inspecção e aprovação de produtos relevantes para a saúde pública, para a segurança viária, para a segurança das construções ou, ainda, para a preservação e para o regular funcionamento do comércio e da indústria.

E essa conclusão tem de ser aplicável quer quando o particular pratica “actos de autoridade” para inspecionar veículos automóveis<sup>(82)</sup>, para certificar navios ou instalações eléctricas como quando inspeciona e aprova sementes ou produtos hortícolas, queijos ou vinhos<sup>(83)</sup>.

Em todos os casos é manifesto que existe um acto de autoridade inerente ao exercício do poder público e que, através de um título legal, administrativo ou contratual, é delegado numa entidade privada. Não pode, por outras palavras, negar-se que **uma entidade privada que pratica tais actos está**, no sentido próprio da expressão, **a exercer uma “prerrogativa de poder público”**.

É que, como a doutrina europeia vem reconhecendo, o desenvolvimento de funções públicas de inspecção ou certificação de bens, produtos ou actividades privadas pode limitar-se a uma *natureza meramente preparatória*, quando ao ente privado é confiada a simples participação num procedimento administrativo que, ainda assim, culmina com uma decisão de uma autoridade pública, mas pode também, em alternativa, assumir uma *natureza materialmente administrativa*, quando ao ente privado é confiada a tarefa de praticar a decisão (positiva ou negativa) de aprovação ou rejeição do bem, do produto ou da actividade inspecionada<sup>(84)</sup>.

Neste segundo caso, tal decisão constitui um *acto administrativo certificativo* que comporta um efeito jurídico positivo ou negativo na esfera jurídica do particular que participou no procedimento de inspecção, o qual consiste na permissão ou na proibição de utilização ou comercialização do bem ou produto inspecionado. A prática de um tal acto corresponde, pois, ao exercício de uma “prerrogativa de poder público”<sup>(85)</sup>.

<sup>(82)</sup> *Idem, ibidem*, págs. 873, 879 e 881.

<sup>(83)</sup> *Idem, ibidem*, págs. 813, 819 e 821.

<sup>(84)</sup> Cfr. UDO STEINER, *Öffentliche Verwaltung durch Private*, Gildenverlag, Hamburg, 1975, pág. 126.

<sup>(85)</sup> Sustentando que tais actividades “consustanciam uma tarefa pública associada ao exercício de poderes públicos”, cfr. PEDRO GONÇALVES, *As Entidades*, cit., pág. 874.

E, tal como resulta do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 11.º do CP, **o exercício de uma única dessas prerrogativas de poder público constitui fundamento bastante para afastar a susceptibilidade de imputação de responsabilidade criminal por todos os factos ilícitos praticados no âmbito de qualquer das actividades do beneficiário da prerrogativa — mesmo quando se trate de uma actividade totalmente alheia a qualquer missão pública e exercida no âmbito de um mercado concorrencial.**

18. De resto, perante a manifesta insensatez da solução legislativa adoptada, deve sublinhar-se que não pode sequer alegar-se que o âmbito da cláusula de exclusão de responsabilidade criminal poderia ser restringido em função do apelo à eventual teleologia das normas relevantes.

Essa conclusão é crucial tendo em conta que, à partida, perante a ostensiva inconstitucionalidade da solução consagrada na lei, o intérprete poderia socorrer-se do recurso ao “crivo da Constituição”<sup>(86)</sup>, pois que, para salvaguardar a vigência e o efeito útil das normas legais, “entre duas interpretações possíveis da mesma norma há-de necessariamente optar-se por aquela que a torna compatível com a Constituição, salvo se essa mesma interpretação se revelar como inequivocamente inoportuna face à letra e ao espírito do preceito em causa”<sup>(87)</sup>.

Essa metodologia interpretativa conduziria incontornavelmente a colocar-se a hipótese de o legislador pretender afastar a responsabilidade criminal apenas nos casos em que os factos ilícitos fossem praticados no exercício de poderes de autoridade ou de tarefas públicas.

Invocar-se-ia, então, que a alínea b) do n.º 3 do artigo 11.º do CP apenas afastaria a punibilidade dos actos praticados por um concessionário de serviços públicos quando estivesse em causa o exercício de tarefas integradas na concessão; paralelamente, a alínea c) do n.º 3 apenas produziria efeitos quanto a actos praticados no exercício de poderes de autoridade — e não no âmbito de toda a actividade da entidade privada.

1) Sucede que, por um lado, tal (razoável) esforço interpretativo encontra-se vedado por um ordenamento constitucional que exige que a aplicação de sanções criminais dependa da prévia qualificação da conduta ilícita como *culposa* ou *censurável*.

Com efeito, só é subjectivamente censurável a conduta cuja desconformidade com a ordem jurídica resulte expressamente, em todos os seus elementos, da

<sup>(86)</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pág. 45.

<sup>(87)</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 90/88.



descrição numa norma com força e forma de lei; é, de resto, isso mesmo que é traduzido pelo clássico brocardo de Feuerbach «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», decomposto nas suas várias vertentes: *lege scripta, certa, stricta, previa* <sup>(88)</sup>.

A responsabilidade subjectiva depende assim da verificação de que a lei defina, com o máximo rigor e elevado grau de concretude, os elementos típicos em que se decompõe o facto ilícito, os pressupostos da imputação da responsabilidade criminal e, bem assim, os responsáveis a quem a culpa pode ser imputada.

Na feliz formulação de Cavaleiro de Ferreira, a responsabilidade criminal “não pode ser **inferida da lei**; tem de ser **definida pela lei**” <sup>(89)</sup>.

E é exactamente este um dos elementos que definem o *tipo de ilícito penal* e que delimitam os *pressupostos da punibilidade*: a *definição das entidades que podem ser qualificadas como autores do ilícito e que, portanto, podem ser criminalmente responsabilizadas*.

Com efeito, através do disposto no artigo 11.º do CP, o legislador determina que, além das pessoas singulares, só podem ser agentes dos factos ilícitos enquadrados nos tipos previstos no n.º 2 desse artigo 11.º as entidades que não sejam qualificadas como “pessoas colectivas públicas” — esclarecendo no n.º 3 desse artigo 11.º que as entidades a quem seja concessionado um serviço público ou a quem seja atribuída uma prerrogativa de poder público beneficiam dessa qualificação para efeitos de aplicação da lei penal.

Ora, como bem se vê, dificilmente se poderia obter uma condenação conforme com o princípio da legalidade penal e com o princípio da culpa quando a norma que define os pressupostos de imputação da responsabilidade criminal afasta expressamente a responsabilidade das “entidades concessionárias de serviços públicos” e das “demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público” — sem estabelecer qualquer diferenciação entre actividades de satisfação de necessidades colectivas e actividades de satisfação de interesses particulares que justifique a restrição do âmbito da cláusula de exclusão de responsabilidade.

Pode alegar-se que seria *razoável* tal entendimento — mas não que seria legítimo face ao conteúdo normativo do *princípio da culpa* consagrado pelo artigo 29.º da Constituição; pode invocar-se que tal imputação poderia ser razoavelmente *inferida* das normas penais — mas não que foi *definida* pelas normas penais.

Por isso, seria vedado ao intérprete fundamentar a punibilidade de um agente cuja incriminação não resultava, de modo directo e expresso, das normas

<sup>(88)</sup> Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal — Parte Geral*, I, 4.ª edição, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1992, págs. 55 e 56.

<sup>(89)</sup> Cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições*, cit., pág. 55.

penais, apenas com o pretexto de impor uma interpretação conforme à Constituição e salvar assim a vigência de uma norma inconstitucional; por outras palavras, seria vedado obter a preservação de uma norma legal através de uma interpretação (pretensamente) “conforme à Constituição” quando é essa mesma interpretação que colide com os princípios da legalidade penal e da culpa consagrados no artigo 29.º da Constituição.

2) Mas, além disso, mesmo que se admitisse tal interpretação restritiva de uma cláusula de exclusão de responsabilidade criminal, sempre seria seguro que, *no mínimo*, tal cláusula fundamentaria a não punibilidade dos actos praticados por entidades privadas quando estivesse em causa o exercício de tarefas integradas numa concessão de serviços públicos ou a prática de actos que constituíssem “prerrogativas de poder público”.

Como já se verificou, esse entendimento continuaria a fundamentar a conclusão de que a atribuição de um título de concessão ou de um título de exercício de poderes públicos isentaria de responsabilidade a entidade em cujo “nome e interesse colectivo” (cfr. n.º 2 do artigo 11.º do CP) os respectivos dirigentes praticassem os mesmíssimos factos ilícitos que justificam a condenação de entidades que não beneficiam desse título.

Imagine-se, com efeito, que a construção de um troço de uma auto-estrada é confiada a um operador económico habilitado para o exercício dessa actividade económica, optando-se, todavia, por atribuir-lhe adicionalmente a concessão do serviço público inerente à gestão da via a construir. A concessão de um serviço público é título bastante para a exclusão de qualquer responsabilidade pela violação de regras de construção que, à partida, determinassem a punibilidade em razão do disposto no artigo 287.º do CP. Contudo, o mesmíssimo facto ilícito conduzirá à imputação de sanções penais à pessoa colectiva a quem seja confiado um segundo troço da mesma auto-estrada, contíguo ao primeiro, mas a quem não se atribui a própria concessão do serviço público.

Como é evidente, tão-pouco aqui se identifica um “fundamento razoável” para a criação de um tal regime material desigualitário; mas, em especial, em caso algum tal eventual “fundamento razoável” constituirá uma razão de peso suficientemente relevante para compensar a intensidade da lesão resultante da distorção imposta à igualdade concorrencial entre operadores económicos, cujo funcionamento salutar a alínea a) do artigo 99.º da Constituição exige que o Estado promova.

Essa distorção torna-se mesmo indissimulável quando sustente o entendimento de que todos os operadores económicos podem ser condenados por poluir águas ou solos (cfr. n.º 2 do artigo 11.º e alínea a) do n.º 1 do artigo 279.º do CP), *excepto* os operadores que se enquadrem nas três categorias de “pessoas colectivas públicas” previstas no n.º 3 do artigo 11.º do CP; que todas as instituições



de saúde podem ser condenadas pelos danos ambientais provocados pelos detritos ou resíduos hospitalares que produzam, *salvo* se lhes tiver sido reconhecida a personalidade pública pela atribuição da natureza de “Entidade Pública Empresarial”; que, enfim, qualquer entidade pode ser punida por recorrer a meios ilícitos para a obtenção de vantagens patrimoniais na sua actividade, tais como a burla, a falsificação de documentos ou a corrupção — excepto se se enquadrar numa das três alíneas do n.º 3 do artigo 11.º do CP, caso em que lhe é assegurada a isenção de responsabilidade penal.

Insista-se: sem prejuízo da responsabilidade individual a que possa haver lugar, é seguro que a punição dos indivíduos que praticaram os factos ilícitos é *cumulada* com sanções que incluem a aplicação de multas, a proibição de celebração de contratos, a privação de subsídios, subvenções ou incentivos ou, até, a respectiva dissolução; para qualquer dos beneficiários da referida cláusula de exclusão de responsabilidade é, porém, um dado assente que nenhuma daquelas sanções cumulativas lhes pode ser aplicada.

E, obviamente, se um tal regime desigualitário já é consideravelmente lesivo para a ordem constitucional quando os valores jurídicos afectados consistam na igualdade concorrencial, esse regime torna-se mesmo *aberrante e intolerável para a comunidade política* quando fundamente a conclusão de que *a atribuição da personalidade pública ou de prerrogativas de poder público assegura a isenção de responsabilidade criminal das pessoas colectivas responsáveis por crimes directamente conexos com a dignidade humana* como o abuso sexual de menores que lhes tenham sido confiados para educação ou assistência, o abuso sexual de pessoas incapazes de resistência ou de pessoas internadas<sup>(90)</sup>, o lenocínio, a prostituição ou a pornografia de menores.

Como bem se compreenderá, nem mesmo uma interpretação restritiva que exclua a responsabilidade criminal *apenas* nos casos em que os factos ilícitos sejam praticados por pessoas dotadas de personalidade formal pública (alínea *a*) do n.º 3) ou no exercício de poderes de autoridade (alínea *c*) do n.º 3 do artigo 11.º) poderia evitar a conclusão de que a solução consagrada pelo legislador penal é *intolerável para a ordem constitucional*.

19. Aliás, deve sublinhar-se que a falta de razoabilidade desse regime — e, portanto, a falta de fundamento relevante para evitar que se conclua pela violação da proibição constitucional do arbítrio — pode, na verdade, ser facilmente comprovada se se tiver em conta os precedentes que *já conduziram o legislador a autorizar a imputação de responsabilidades criminais a pessoas colectivas públicas*.

<sup>(90)</sup> E, nestes casos, tal como esclarece o n.º 2 do artigo 11.º, justamente quando a vítima seja menor.

1) Por um lado, o legislador penal utilizou o mesmíssimo diploma pelo qual aprovou a revisão ao Código Penal (a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro) para alterar igualmente a redacção de algumas das normas jurídicas que então vigoravam e determinavam a punibilidade de entidades colectivas pela prática de crimes constantes de diplomas avulsos.

*a)* Assim, através do artigo 5.º da Lei n.º 59/2007, procedeu-se à alteração da redacção do artigo 6.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de Combate ao Terrorismo), pelo qual se determina que “as pessoas colectivas e entidades equiparadas” passam a ser “responsáveis, *nos termos gerais*, pelos crimes previstos na presente lei”. Com a referência aos “termos gerais” só pode pretender-se impor uma remissão para as normas gerais que definem a imputação a pessoas colectivas — justamente as normas constantes do artigo 11.º do CP e que excluem a responsabilidade de “pessoas colectivas públicas”.

*b)* Do mesmo modo, ao diploma que regula o Tráfico e Consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro) é aditado, por força do disposto no n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 59/2007, um novo artigo 33.º-A, pelo qual se remete para “os termos gerais” a imputação de responsabilidade a “pessoas colectivas e entidades equiparadas”.

*c)* E é ainda pelo n.º 3 do artigo 4.º da mesma Lei n.º 59/2007 que adita o artigo 43.º-A à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (que regula a procriação medicamente assistida), remetendo novamente para “os termos gerais” a imputação de responsabilidade criminal a entes colectivos.

2) Sucede, contudo, que, como se lê no próprio artigo 11.º, n.º 1, do CP, esses “termos gerais” não prejudicam outros “casos especialmente previstos na lei” para os quais se haja determinado a imputação de responsabilidade a pessoas colectivas.

*a)* E é precisamente esse o caso do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro — diploma que, como bem se sabe, regula as infracções anti-económicas e contra a saúde pública e que, no n.º 1 do seu artigo 3.º, já determinava de modo pioneiro que “as pessoas colectivas sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infracções previstas no presente diploma quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo”.

Ora, não existia — nem existe ainda — nesse diploma qualquer cláusula que permitisse isentar de punição as entidades públicas. Como, de resto, se esclareceu, no Preâmbulo do diploma, “é no domínio da criminalidade económica que mais se tem defendido o abandono do velho princípio *societas delinquere non potest*”, pelo que, estando em causa sectores de actividade mais propensos à submissão a uma lógica de mercado e de livre concorrência, careceria de justi-



ficação a atribuição de privilégios com base na simples natureza da entidade agente do crime.

b) A mesma conclusão se retira legitimamente do disposto no n.º 1 do artigo 7.º do regime geral das infracções tributárias (aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho), que determina que “as pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são responsáveis pelas infracções previstas na presente lei quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e no colectivo” — sem estabelecer qualquer regime material desigualitário em função da natureza pública do autor dos factos ilícitos.

c) Revogado.

d) E, por último, é também isso que resulta da circunstância de o artigo 320.º do Código de Propriedade Industrial <sup>(91)</sup> remeter a questão da imputação de responsabilidade criminal das pessoas colectivas pelos crimes previstos no referido Código para o regime previsto no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, o qual, como se viu, não admite a isenção de responsabilidade em razão da natureza pública do agente do crime.

20. Ora, esses incisos legais fundamentam o entendimento de que o legislador jamais descartou a hipótese de imputação de responsabilidade criminal a entes públicos (pelo menos) no tocante a infracções de natureza eminentemente patrimonial.

Mas, como se viu, os tipos de ilícito de cuja imputação o legislador penal pretende agora dispensar as entidades públicas incidem, pelo menos em parte, em factos lesivos de bens jurídicos de natureza económica ou patrimonial — crimes como burla, falsificação ou violação de regras de construção.

Daí se retira que *às entidades públicas podem ou não ser imputados crimes de cariz eminentemente económico ou patrimonial consoante os ilícitos típicos estejam sistematicamente inseridos no Código Penal ou em legislação avulsa.*

Como é evidente, esta simples circunstância já permitiria confirmar a conclusão que se tornou manifesta: a saber, *a de que o próprio legislador considerou — e considera ainda — que inexistente qualquer fundamento razoável para a exclusão de responsabilidade criminal de entidades públicas.*

Por isso, *nenhum fundamento constitucionalmente relevante pode ser invocado para a criação de um regime desigualitário de imputação de responsabilidade criminal a pessoas colectivas dotadas de personalidade pública ou*

<sup>(91)</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 318/2007, de 26 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 360/2007, de 2 de Novembro, pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de Julho, e pela Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto.

*beneficiárias de concessões de serviços públicos ou de prerrogativas de poder público.*

21. Por conseguinte, pode, em suma, concluir-se que:

- a) **Não existe um fundamento material relevante ou razoável** que justifique a exclusão de responsabilidade criminal de entidades dotadas de personalidade pública, da gestão de serviços públicos ou da habilitação para o exercício de poderes públicos;
- b) Por maioria de razão, é **seguro** que tal **regime material desigualitário é totalmente desrazoável** quando a exclusão de responsabilidade criminal seja concedida **fora do âmbito do exercício de tarefas públicas.**

**O disposto no n.º 3 do artigo 11.º do Código Penal é, assim, manifestamente inconstitucional por violação da proibição do arbítrio ínsita no conteúdo normativo do disposto no artigo 13.º da Constituição.**

22. Por sua vez, quando tal regime desigualitário permita beneficiar operadores económicos que desenvolvem a sua actividade num contexto concorrencial, o disposto no n.º 3 do artigo 11.º do Código Penal — neste caso exclusivamente nas suas alíneas b) e c) — viola o disposto na alínea f) do artigo 81.º da Constituição, por contrariar a “incumbência prioritária de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas”, e, igualmente, o disposto na alínea a) do artigo 99.º da Constituição, por obstaculizar “a concorrência salutar dos agentes mercantis”.