

O PARADIGMA DE *COMPLIANCE* E A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS: *QUO VADIS?*

TIAGO COELHO MAGALHÃES

Advogado

1. A emergência de um paradigma de *compliance*: o ontem e o hoje

Compliance... No decurso da década passada, esta palavra, não obstante a sua génese anglo-saxónica, entrou no léxico jurídico português e, conseqüentemente, no pensamento dogmático e até na letra da lei, ainda que numa tradução adaptada, com recurso à fórmula “*cumprimento normativo*”. Como havia sucedido anteriormente com as novidades introduzidas pelo paradigma de *corporate governance* e da lógica de responsabilização dos órgãos de administração e dos seus titulares, estruturando-se a *empresa* em ordem a assegurar o cumprimento das boas práticas mercantis — um movimento impulsionado por diversos “*escândalos*” que irromperam, ao longo do século XX, e que, em alguns casos, coincidiram com períodos de crise (*v.g. Enron, Parmalat, World-Com*, entre outros ⁽¹⁾) —, também a ideia de *compliance* imiscuiu-se no discurso jurídico, inclusive no âmbito do próprio direito penal ⁽²⁾.

Mais recentemente, a denominada crise do “*subprime*”, com génese nos mercados norte-americanos, alastrou-se, no contexto de um mundo globalizado, a várias jurisdições e latitudes, tendo representado um risco sério de colapso generalizado do setor financeiro

¹ A este propósito, *vide* MONKS, ROBERT A. G. / MINOW, NELL, *Corporate Governance*, 4.^a edição, Chichester: John Wiley & Sons, Ltd, 2008, pp. 22-24.

² *Cfr.* NIETO MARTÍN, ADÁN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, in *Compliance y teoría del Derecho Penal*, ed. Lothar Kuhlen, *et al.*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 26-27; NIETO MARTÍN, ADÁN, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, in *Política Criminal*, n.º 5, 2008, pp. 5 e ss.

e bancário, em diversos países — além dos danos concretos que daí também resultaram e que marcaram o final da primeira década do século XXI. Como consequência do sucedido, os estados procuraram intervir diretamente, nos setores económicos mais afetados (e *implicados*) na crise financeira, que eclode fundamentalmente em meados de 2008, concebendo uma apertada malha de deveres e de obrigações, cujo cumprimento impuseram sobre diversos atores económicos, *maxime* as sociedades comerciais. Importa não esquecer, a esse propósito, que a centralidade económica e sociológica assumida pelas sociedades comerciais e por outras organizações estruturadas em moldes empresariais, sobretudo no século passado, ainda que com raízes na consolidação da Revolução Industrial (agora substituída por uma autêntica Revolução Tecnológica), adensou-se, nas últimas décadas. As pessoas coletivas — enquanto agrupamento de pessoas singulares e representação do “*real construído*”⁽³⁾ — são, hoje, atores fundamentais no tráfego jurídico e mercantil, e não apenas no intitulado “*mundo ocidental*”, mas um pouco por todo o globo, correspondendo a intervenientes fulcrais no quotidiano da “*aldeia global*”.

Porém, os períodos de crise acima referidos e alguns casos concretos, amplamente divulgados pelos meios de comunicação social, ao longo dos anos, consolidaram a percepção de que também as pessoas coletivas poderiam ser agentes da prática de crimes — o que constituía uma novidade relevante, considerando a matriz antropocêntrica do direito penal que emergiu do Iluminismo e que implicou reflexão acerca das categorias da teoria da infração penal, de forma a superar os obstáculos que habitualmente se levantavam (e, em algumas jurisdições, ainda se levantam) a propósito da responsabilização criminal das pessoas coletivas, como a ideia de *incapacidade de ação* e *incapacidade de culpa*⁽⁴⁾. O discurso dogmático procurou, assim, superar o aforismo latino *societas delinquere non potest*, corrigindo o mesmo para *societas delinquere potest*⁽⁵⁾. E, naturalmente, a afirmação gradual de um verdadeiro direito penal económico e financeiro, ancorado na perspetiva criminológica dos denominados *crimes de colarinho branco*, na expressão cunhada por Sutherland,⁽⁶⁾ contribuiu para que as atividades desenvolvidas e prosseguidas por pessoas coletivas fossem introduzidas na discursividade jurídico-penal, o que lançou também o foco sobre os próprios entes coletivos e a possibilidade de os mesmos intervirem como agentes da prática de crimes.

³ Expressão que tomamos de empréstimo a José de Faria Costa. *Cfr.* “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do direito penal)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. I*, IDPEE, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 515.

⁴ *Cfr.* SOUSA, SUSANA AIRES DE, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 15 e ss. Veja-se também MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação do facto à pessoa coletiva em direito penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, pp. 146 e ss.

⁵ *Cfr.* MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação...”, *cit.*, pp. 146 e ss.

⁶ Sobre este ponto, com enfoque sobretudo no crime de corrupção, veja-se PATRÍCIO, RUI | MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “A consumação do crime de corrupção ativa na ordem jurídica portuguesa e o específico problema do início da contagem do prazo prescricional do procedimento criminal”, in *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção. Integridade para o Desenvolvimento*, coord. Marco Aurélio Borges de Paula e Rodrigo Pironi Aguirre de Castro, 2.ª edição, Belo Horizonte: Editora Fórum, pp. 83 e ss.

E, no caso concreto do ordenamento jurídico português, desde 2007 que o Código Penal (7) viu alterada a redação do respetivo artigo 11.º, introduzindo-se a admissibilidade de responsabilização criminal de pessoas coletivas (e entidades equiparadas), mesmo relativamente a tipos legais de crime que se encontravam previstos no próprio CP, ainda que apenas quanto a um conjunto de normas incriminadoras integrantes de um catálogo que aquele artigo 11.º, n.º 2, passou a prever (8).

Essa afirmação da possibilidade de responsabilização criminal de pessoas coletivas e a assunção da existência de riscos inerentes ao desenvolvimento de diversas atividades apontaram a agulha para um novo vetor: a prevenção. É verdade que o direito penal, enquanto ramo sancionatório de *ultima ratio*, se centra na repressão de comportamentos. Contudo, constatou-se a necessidade de garantir que as pessoas coletivas, sobretudo aquelas que se organizam em moldes empresariais e intervêm no tráfego mercantil, sobretudo as sociedades comerciais, se estruturassem, sob o ponto de visto interno, de acordo com regras e princípios que, comunitariamente, são considerados adequados e exigíveis a um ente coletivo. Surgiu, nesse quadro, a ideia de “*olhar para dentro*”, identificar erros, lacunas e deficiências, corrigi-los e imprimir uma verdadeira “*cultura*” de conformidade e de respeito por aquilo que a comunidade entende ser devido. É assim que o movimento de afirmação do primado de *compliance* deu os primeiros passos. O cerne do debate deixou de ser, apenas e só, a repressão e o sancionamento — ainda que não abandonados, naturalmente — e passou a mobilizar também o problema da prevenção.

2. Os programas de *compliance*

Os programas de *compliance* têm a sua génese na imposição às pessoas coletivas, mormente aquelas que se organizam em moldes empresariais, de um dever de autorregulação (9). A este propósito, afigura-se-nos particularmente ilustrativa a configuração deste paradigma como uma “*cooperação público-privada na atuação de empresas*”, de que se socorre Susana Aires de Sousa (10), ou, na formulação de Anabela Rodrigues, “*um produto híbrido, público e privado, do Estado e do mundo empresarial*” (11). A tónica coloca-se, assim, na máxima de *autorregulação*, ainda que orientada e balizada por normas e diretrizes que são dimanadas do próprio Estado, nas suas diferentes vestes e manifestações, algumas encontrando respaldo na própria legislação.

É nesse quadro que emergiu o que já se pode qualificar como “*paradigma*”: a ideia de autorregulação dos atores relevantes que intervêm em diversos setores da economia

7 De ora em diante apenas “CP”.

8 A novidade de 2007 cingiu-se, fundamentalmente, à introdução da ideia de responsabilidade penal de pessoas coletivas e entidades equiparadas, relativamente a crimes previstos no CP, mas também à formulação de um modelo de imputação dessa responsabilidade aos entes coletivos, em moldes inovadores e inéditos, no ordenamento jurídico português. Para maiores desenvolvimentos, *cfr.* MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação...”, *cit.*, pp. 198 e ss.

9 Para maiores desenvolvimentos, *vide* SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, pp. 123 e ss.

10 *Cfr.* SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, p. 125.

11 *Cfr.* RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 56-57.

e da sociedade e, conseqüentemente, a ideia de *compliance* ⁽¹²⁾. Introduce-se, assim, no discurso jurídico uma nota de *ética*, enquanto ética empresarial ou corporativa ⁽¹³⁾, a qual tem origem no exemplo demonstrado por aqueles que ocupam os estratos superiores da pessoa coletiva e que devem inculcar a “*cultura interna*” da organização a quem se encontra, nomeadamente em termos hierárquicos, numa posição subordinada ou delegada. Esta lógica é frequentemente apelidada de “*tone at the top*” — socorrendo-nos da expressão anglo-saxónica —, pressupondo que a liderança da pessoa coletiva defina e estabeleça a dita “*cultura interna*”, a qual imprime na organização e que transmite a todos aqueles que se encontram, em termos hierárquicos e organizativos, em estratos e patamares inferiores da estrutura. No fundo, são aqueles que ocupam os órgãos e comissões de decisão e de poder que devem conceber e fixar essa “*cultura interna*”, competindo-lhes ainda dotar a estrutura dos meios necessários e adequados a implementar e cumprir, de facto, essa “*cultura*”, socorrendo-se de uma lógica de “*mood in the middle*”, ou seja, de escalões intermédios, na hierarquia, que auxiliam na concretização e efetiva implementação das regras e dos procedimentos internos. São as pessoas que ocupam esses patamares intermédios, na hierarquia e estruturação interna da pessoa coletiva, que se encontram mais próximas das pessoas singulares que integram a organização, daí que a sua intervenção assuma um papel fulcral na divulgação das regras e dos procedimentos, inclusive ao nível das formações necessárias para transmitir e “*ensinar*” as regras e os procedimentos aprovados. Esse papel incumbe sobretudo ao denominado *compliance officer* ou *compliance chief officer*, sobre quem recai a tarefa de assegurar a concretização e implementação dos programas e códigos de conduta e, acima de tudo, o acompanhamento permanente do cumprimento das regras e dos procedimentos instituídos, inclusive de forma a espoliar procedimentos de atualização das referidas regras e procedimentos, quando tal se revele necessário e adequado.

A relevância da ideia de *compliance* foi assumindo particular incidência no domínio da prevenção de fenómenos corruptivos, desde logo, no plano da administração pública ⁽¹⁴⁾ e tem precipitado uma avalanche de constantes alterações e inovações legislativas ⁽¹⁵⁾, as quais vêm impondo sobre as pessoas coletivas, sobretudo aquelas que desenvolvem o seu objeto social em específicos setores de atividade, como a banca, os seguros, o setor imobiliário, entre outros, uma panóplia cada vez mais vasta de deveres e obrigações de pendor organizativo. À corrupção, soma-se ainda a prevenção dos fenómenos de branqueamento de capitais, cujas respetivas regras e deveres moldaram inclusive a forma como os intervenientes no tráfego se inter-relacionam, nomeadamente ao nível da realização de pagamentos de quantias monetárias. Foi sobretudo nesses

¹² Vide, por todos, RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, pp. 46 e ss.

¹³ Neste sentido, veja-se RODRIGUES, ANDRÉ ALFAR, *Manual Teórico-Prático de Compliance*, Coimbra: Almedina, 2022, pp. 29 e ss.

¹⁴ Veja-se, nesse sentido, LEITE, INÊS FERREIRA, “O Regime Geral de Prevenção da Corrupção na Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024)”, in *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma*, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, sobretudo pp. 89 e ss.

¹⁵ Para maiores desenvolvimentos, vide SANTOS, CLÁUDIA CRUZ, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 7 e ss.

dois domínios de prevenção de hipotéticos ilícitos que as pessoas coletivas começaram a verdadeiramente interiorizar a ideia de *compliance* e a dotar as suas estruturas de regras, códigos de conduta e procedimentos adequados a prevenir os riscos inerentes ao desenvolvimento da sua atividade e suficientes para cumprir com as exigências legais que foram (e vão) surgindo. Até porque a previsão de deveres e obrigações impostas às pessoas coletivas, em matéria de organização e de prevenção de fenómenos delituosos, surge, frequentemente, acompanhada da previsão de ilícitos contraordenacionais que serão preenchidos, caso aqueles deveres e obrigações não sejam cumpridos. Assim, impende sempre sobre as pessoas coletivas uma *espada de Dâmocles*, representada em ilícitos contraordenacionais por vezes sancionáveis com molduras abstratas de coima particularmente gravosas e elevadas, caso não cumpram o conjunto alargado de deveres e obrigações impostos pela legislação.

No concreto caso do ordenamento jurídico português, a torrente legislativa mais recente, fortemente inspirada (e impulsionada) pelo direito europeu, assenta num pilar de verdadeira *privatização* da prevenção de delitos no seio das organizações e das estruturas empresariais, confiando que sejam esses entes, na sua abstração e na sua dinâmica interna, que atuam, num primeiro momento, na deteção de eventuais práticas com relevância sancionatória, *maxime* penal, denunciando, se necessário, esses comportamentos e (re)organizando a estrutura interna, ordenada a um fito de prevenção de ulteriores condutas similares. Se dúvidas existissem a esse propósito, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024, da responsabilidade do Governo português, veio introduzir metas e objetivos de alteração e de inovação do ordenamento jurídico, de molde a reforçar a prevenção de possíveis delitos¹⁶. Essa Estratégia Nacional desembocou, entre o mais, em dois diplomas legislativos particularmente relevantes: (i) a Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro, que veio estabelecer o regime geral de proteção de denunciadores de infrações (vulgarmente denominados *whistleblowers*); e (ii) a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, que aprovou as medidas previstas na aludida Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, procedendo a alterações significativas no CP e no Código de Processo Penal¹⁷, além de outros diplomas de legislação extravagante. Ambas as leis introduziram novidades relevantes, no ordenamento jurídico, e acarretaram uma verdadeira generalização dos deveres e obrigações preventivas, associadas a uma ideia de *compliance*, seja no plano de prevenção da corrupção, seja na obrigatoriedade (pelo menos para todas as “*entidades obrigadas*”, definidas como tal na Lei n.º 93/2021) de criação e implementação de um canal de denúncias interno, para que possam ser apresentadas denúncias relativas a possíveis infrações praticadas no âmbito da atividade prosseguida pela pessoa coletiva, e para que as mesmas sejam corretamente analisadas e apreciadas.

Neste novo horizonte, não se trata de demitir as instâncias formais de controlo do seu papel e das suas incumbências, inclusive dentro dos quadros e limites traçados pela

¹⁶ Com mais desenvolvimento, leia-se PATRÍCIO, RUI | MATOS, NUNO IGREJA DE, “Vai e põe uma sentinela: a nova estratégia de prevenção criminal no setor privado”, in *Corrupção em Portugal. Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma*, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pp. 142 e ss.

¹⁷ Doravante apenas “CPP”.

nossa Lei Fundamental, mas apenas de inculcar nas organizações uma “*cultura interna*” de cumprimento e de conformidade ao dever-ser jurídico — e que ultrapasse o mero patamar do *papel* (falando, aqui, em sentido literal) e assuma raízes concretas no seio da organização e, mais relevante ainda, raízes demonstráveis e comprováveis. No fundo, as pessoas coletivas, mormente as empresas, são colocadas numa posição de vértice, no difícil *polígono* da prevenção de delitos e de infrações. Por outras palavras, são *atores* e participantes ativos na prevenção de possíveis infrações que sejam praticadas no contexto da própria pessoa coletiva.

2.1. A elaboração de programas de compliance

Os programas de *compliance* assentam num propósito quadripartido: *antecipação; prevenção; deteção; reação* ⁽¹⁸⁾. São estes os vetores que habitualmente são atribuídos aos programas de *compliance*, conjugando a ideia basilar de prevenção com a possibilidade de reação face a hipotéticas infrações que sejam detetadas (sem prejuízo, naturalmente, da investigação e sancionamento dessas infrações pelas instâncias formais de controlo, caso se revele que os factos poderão assumir relevância criminal). Esse vetor de *reação* não significa que será a pessoa coletiva *polícia de si mesma* e muito menos julgador. A ideia de *reação* procura, sim, refletir a faculdade (e, em alguns casos, o dever) da pessoa coletiva, uma vez se deparando com a prática de uma possível infração no seio da sua organização, reagir, alterando as suas regras e os seus procedimentos, ou aperfeiçoando-os, procurando evitar que situações similares ou próximas se repitam ⁽¹⁹⁾.

Assim, através de uma verdadeira política interna de *compliance*, materializada em códigos de condutas, regras e procedimentos, a pessoa coletiva pode prevenir e antecipar a prática de possíveis infrações ou delitos; pode igualmente aperceber-se, detetar e identificar situações que possam assumir desvalor jurídico e, em última instância, reagir a essas situações hipotéticas, reformulando os códigos, as regras e os procedimentos que havia instituído, além das reações mais *musculadas*, que poderão passar pela reação disciplinar, nomeadamente no âmbito laboral, face aos infratores pessoas singulares, sem esquecer a possível denúncia criminal apresentada junto das instâncias formais de controlo, se a situação puder assumir relevância penal.

Importa também não olvidar que “*um programa de compliance é um produto dinâmico, constantemente inacabado e em contínua mutação*” ⁽²⁰⁾, precisamente porque o que se impõe é a adoção e implementação de um programa que seja efetivamente adaptado às necessidades e especificidades de cada concreta organização ou pessoa coletiva — e apenas quando se inicia a efetiva implementação do programa é que será possível ante-

¹⁸ Vide JÚNIOR, FILIPA MARQUES | MEDEIROS, JOÃO, “A elaboração de programas de *compliance*”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Almedina, 2018, pp.124 e ss.

¹⁹ Cfr. SIEBER, ULRICH / ENGELHART, MARC, *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes. An Empirical Survey of German Companies*, Berlim: Duncker & Humboldt, 2014, p. 2 e pp. 34 e ss.

²⁰ Citamos JÚNIOR, FILIPA MARQUES | MEDEIROS, JOÃO, “A elaboração de programas de *compliance*”, *cit.*, p. 135.

cipar eventuais alterações que se revelem necessárias ⁽²¹⁾. É que, como bem assinala Susana Aires de Sousa, um programa de *compliance* “*procurará concretizar objetivos dentro do cumprimento das leis e regulamentos, reforçar valores, indicar regras de conduta, criar procedimentos e controlos internos com orientações concretas*” ⁽²²⁾. E essa adaptação da abstração e generalidade das normas à realidade própria de cada pessoa coletiva exige um trabalho complexo de análise, estudo e de preparação, para que as regras e procedimentos que emergem dos programas de *compliance* não sejam letra-morta e muito menos o mero cumprimento formal de determinados deveres legais — até porque, se assim for, como veremos adiante, a pessoa coletiva acabará por não beneficiar da aprovação de um programa de *compliance*, muito menos no contexto de um processo penal em que a sua própria responsabilidade esteja a ser apreciada e aferida.

A elaboração — e ulterior efetiva implementação ⁽²³⁾ — de programas de *compliance*, em sentido lato, obedece, por isso, a um conjunto de trâmites que reclamam um conhecimento profundo da realidade interna e da estrutura e dinâmica da pessoa coletiva em causa, de forma que um determinado conjunto de regras adotadas e aplicadas, no seio da organização coletiva, não se resumam a um mero *papel afixado* nas áreas comuns físicas (ou cibernéticas) da pessoa coletiva — os quais, como resulta da sensibilidade comum e das regras da experiência, alguns lerão, outros não.

Ora, a concreta elaboração de um programa de *compliance* exige, em primeiro lugar, um prévio “*risk assessment*” (concretizado naquilo que vulgarmente se denomina como “*due diligence*”, socorrendo-se da expressão anglo-saxónica), em busca da identificação e sinalização das principais insuficiências, deficiências e riscos, presentes e potenciais, que emergem da atividade prosseguida pelo ente coletivo e da forma como este se estrutura e organiza, desde logo ao nível de *corporate governance* ⁽²⁴⁾. Essa análise de risco convoca a realização de uma panóplia de tarefas diversas, que vão desde a análise de documentos internos da pessoa coletiva, como estatutos, códigos de ética, contratos, informação contabilística e financeira, até à realização de entrevistas, de forma a recolher uma imagem o mais fiel e exata possível daquilo que verdadeiramente existe e sucede, no contexto daquela específica pessoa coletiva.

Apenas cumprida, com atenção e rigor, essa análise e avaliação iniciais da pessoa coletiva e do modo como esta se organiza e estrutura é que será possível, num passo seguinte, proceder à elaboração do programa propriamente dito, isto é, do complexo normativo de *soft law* em que normalmente se traduzem os programas de *compliance*.

²¹ No mesmo sentido, SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, pp. 126 e ss. Veja-se ainda SOUZA, ARTUR DE BRITO GUEIROS, “Programas de *compliance* e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, pp. 117 e ss.

²² Citamos SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, p. 126.

²³ Ao longo do presente texto, qualificaremos, frequentemente, a implementação dos programas de *compliance* como “*efetiva*” (ou socorrendo-nos ainda do advérbio “*efetivamente*”). Este recurso linguístico procurará sublinhar que o programa de *compliance*, enquanto realidade viva, mutável e em constante adaptação, deve ser de facto implementado, com a criação de regras e procedimentos concretos e interiorizado por todos aqueles (pessoas singulares) que integram a organização coletiva.

²⁴ *Cfr.*, entre outros, LASCURAÍN, JUAN ANTONIO, “Los programas de cumplimiento como programas de prudencial penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro 2015, pp. 104 e ss.

Considerando o vasto conjunto de deveres que, atualmente, impendem sobre as pessoas coletivas, em diversos aspetos, plasmados em diploma distintos, já não será correto falar num único programa de *compliance*. Aquilo que, agora, é exigível à generalidade das pessoas coletivas é a adoção de um autêntico complexo normativo interno, espalhado por mais do que um código. Este novo estado de coisas exige uma atenção redobrada por parte das pessoas coletivas, em especial daqueles que internamente são responsáveis pela divulgação, acompanhamento e supervisão da implementação das regras e procedimentos, com destaque para o *compliance chief officer*. Trata-se de um desafio acrescido para a própria estrutura interna da pessoa coletiva, que precisa implementar um número maior de regras e de procedimentos e supervisionar e fiscalizar o seu cumprimento. A panóplia vasta de deveres agora impostos às pessoas coletivas acarreta uma dimensão de burocracia mais intensa para as respetivas organizações e estruturas, com dificuldades de concatenação dos diversos graus de hierarquia, órgãos, comités e comissões internos, sendo necessária uma definição mais clara e rigorosa das atribuições e funções de cada um, sob pena dos propósitos de prevenção que presidem aos programas de *compliance* se perderem na malha de órgãos diferentes e de regras e procedimentos que vão sendo aprovados e instituídos.

Ainda a propósito do conteúdo desses códigos de conduta e procedimentos, é mister frisar que a redação das regras em causa deve possibilitar a sua fácil apreensão e compreensão por todos os seus destinatários. Importa, por conseguinte, que se trate de normas claras, simples, pois só assim as mesmas serão devidamente eficazes e poderão construir a tal “*cultura interna*” de conformidade e respeito ao dever-ser jurídico. Naturalmente, a realização de formações internas será especialmente importante para transmitir o conteúdo e o sentido das regras e dos procedimentos adotados e instituídos a todos aqueles que deverão observar as ditas regras e cumprir os procedimentos em causa. A pedra de toque será sempre a divulgação interna abrangente e a explicação daquilo que se impõe e que se institui. Por outras palavras: a chave estará na *comunicação*. Sendo igualmente relevante assegurar que as regras e os procedimentos adotados permaneçam sempre disponíveis para serem consultados e acedidos por todos aqueles que integram a pessoa coletiva, a qualquer momento.

Por fim, uma vez aprovados os programas, regulamentos e códigos de ética e de conduta, nos termos delineados pela organização interna, a sua implementação e cumprimento por todos quantos integram o ente coletivo deve ser permanentemente monitorizado, podendo mesmo justificar o desencadeamento de investigações internas, em particular quando sejam apresentadas denúncias relativas à prática de possíveis infrações²⁵ — sobretudo, agora, com a obrigatoriedade de criação de canais de denúncia interna, no seguimento da aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 93/2021. Mas, mesmo quando não estejamos perante a necessidade de espoletar investigações internas, o acompanhamento permanente da implementação e execução das regras e procedimentos de *compliance* aprovados permitirá uma atualização constante dos mesmos, em face da evolução que se possa verificar na estrutura da pessoa coletiva, as alterações na

²⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre a elaboração de programas de *compliance*, vide JÚNIOR, FILIPA MARQUES | MEDEIROS, JOÃO, “A elaboração de programas de *compliance*”, *cit.*, pp. 135 e ss.

hierarquia, os desenvolvimentos próprios da atividade prosseguida, além da sua adaptação às alterações e novidades jurídicas que possam ir surgindo.

Importa manter sempre presente que os programas de *compliance* e códigos de conduta são dinâmicos e mutáveis. Não podem esses instrumentos ser encarados como respostas finais e acabadas às exigências que impendem sobre as pessoas coletivas e as organizações, mas apenas como *ponto de partida*, o qual deve ser alvo de frequente revisão, atualização e melhoramento — até para assegurar a sua eficácia e, como veremos *infra*, a sua relevância no quadro da hipotética afirmação de responsabilidade criminal da pessoa coletiva.

3. A relevância jurídico-penal dos programas de *compliance*

3.1. As dúvidas do passado e a resposta legislativa

Não será possível, hoje, debater, mesmo num plano estritamente dogmático ou *de jure condendo*, a responsabilidade penal de pessoas coletivas, esquecendo os programas de *compliance* e como estes inundam essa temática, ainda que a distintos níveis⁽²⁶⁾.

Ao longo dos últimos anos, ergueram-se algumas vozes contra o debate sobre o possível impacto que a autorregulação das organizações e das empresas e, em particular, os programas de *compliance* poderia ter ao nível da responsabilidade dos entes coletivos ou, em última instância, quanto à espécie e medida do seu sancionamento, por aparente receio de que os programas de *compliance* se convertessem, porventura por simples *golpe de magia*, em *cheques em branco* passados aos entes coletivos, escancarando a porta à isenção da sua hipotética responsabilização criminal⁽²⁷⁾, ou por se entender que a pessoa coletiva, no paradigma da autorregulação, seria “juiz de si mesma”⁽²⁸⁾. Estamos a falar de posições de princípio que, em regra, partilhavam da ideia de que as pessoas coletivas teriam uma certa “*tendência para o incumprimento*”⁽²⁹⁾.

Salvo o devido respeito, estas reticências e receios partem de uma premissa equivocada: os programas de *compliance*, como resultou das considerações acima expostas, não pressupõem que a pessoa coletiva se converta em *polícia* e muito menos em *juiz*. Este novo paradigma deve apenas ser perspectivado como uma introdução da pessoa coletiva na discursividade jurídica — e até político-criminal —, sob a trave-mestra da prevenção. Ao impor deveres e obrigações, em matéria de *compliance*, às pessoas coletivas, o legislador não pretende que, com essas regras e procedimentos, as pessoas coletivas branqueiem a sua responsabilidade ou até aproveitem eventuais denúncias

²⁶ Leia-se, neste sentido, RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, p. 65.

²⁷ Vide, a título de exemplo, a posição defendida por MENDES, PAULO DE SOUSA, “*Law Enforcement e Compliance*”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 13 e ss.

²⁸ Nesse sentido, veja-se BUSATO, PAULO CÉSAR, “O que não se diz sobre o *criminal compliance*”, in *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 23 e ss.

²⁹ A título exemplificativo, leia-se LASCURAÍN, JUAN ANTONIO, “Los programas...”, *cit.*, pp. 97 e ss.

internas para procurar ocultar ou dissimular possíveis práticas ilícitas. É que, por um lado, risco de ocultação ou dissimulação da prática de factos com possível relevância jurídica, inclusive penal, sempre existiu e existirá, independentemente da adoção, ou não, de programas de *compliance*. E, por outro lado, as regras e os procedimentos que resultam da adoção e implementação dos programas de *compliance*, em rigor, vem dificultar essa ocultação, sobretudo se as regras concretas em causa instituírem uma lógica interna de *checks and balances*, com registo físico de diferentes etapas e de momentos de tomada de decisão, o que permite rastrear melhor, mesmo numa hipotética investigação criminal, os factos e o respetivo enquadramento.

Além disso, importa ressaltar que a introdução da ideia de *compliance*, nas estruturas empresariais e nas organizações, não é recebida de ânimo leve e de *braços abertos*. Pelo contrário, pois a profusão de regras e de procedimentos rigorosos em que se devem traduzir os programas de *compliance* enfrenta, na prática, dificuldades sérias de implementação e, frequentemente, resistência por parte das pessoas singulares e dos órgãos que integram essas estruturas coletivas⁽³⁰⁾. Sem esquecer que a imposição destes deveres e obrigações — porque, na generalidade das situações, já foi ultrapassado o mero plano da faculdade ou da opção — tem, como reverso da medalha, nomeadamente em casos de ausência de programas de *compliance* ou de insuficiente ou até deficiente implementação dos mesmos, a possível responsabilização da pessoa coletiva, desde logo no plano contraordenacional.

Daí acreditarmos que, no momento presente, essa discussão já se revelará um pouco extemporânea, considerando, em particular, as alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021 ao próprio CP — que serão devidamente analisadas adiante. O legislador, corretamente, *cavalgou a maré dos dias* e assumiu que a (in)existência de programas de *compliance*, em sentido amplo, deveria possuir reflexo ao nível da responsabilidade criminal da própria pessoa coletiva. Como escusado seria frisar, esse reflexo constitui, em si mesmo, um incentivo à adoção e implementação (efetiva e eficaz) de códigos de conduta internos, regras e procedimentos, por parte das pessoas coletivas. A questão principal deixa, assim, de ser o reconhecimento da relevância jurídico-penal desses programas de *compliance*, passando a coincidir com a forma como se manifestará essa relevância.

3.2. O modelo de imputação da responsabilidade criminal à pessoa coletiva como ponto de partida

Não subsistem propriamente dúvidas muito significativas sobre o diferente significado dos programas de *compliance*, em matéria de responsabilidade penal das pessoas coletivas, consoante o modelo de imputação do facto penalmente relevante que seja adotado. Isto é, dependendo da forma como o legislador ultrapassa a abstração intrínseca das pessoas coletivas — tradicionalmente representada nos argumentos de *incapacidade de ação* e *incapacidade de culpa* —, estabelecendo critérios que permitam afirmar a imputação de um determinado facto com relevância criminal a uma pessoa

³⁰ Neste sentido, e com mais desenvolvimento, veja-se JÚNIOR, FILIPA MARQUES | MEDEIROS, JOÃO, “A elaboração de programas de *compliance*”, *cit.*, pp. 132 e ss.

coletiva, também poderá diferir o relevo que é reconhecido e atribuído aos programas de *compliance* ⁽³¹⁾.

Está aqui em causa o binómio *hetero-responsabilidade* e *autorresponsabilidade* das pessoas coletivas, que correspondem aos dois grandes modelos de imputação da responsabilidade criminal à pessoa coletiva — sem prejuízo das conceções dogmáticas distintas que, dentro de cada modelo, podem ser descortinadas ⁽³²⁾. A *hetero-responsabilidade*, que possui a sua génese no denominado modelo vicarial, em traços essenciais, pressupõe sempre a aferição e afirmação de responsabilidade da pessoa singular que concretamente agiu ou omitiu, sendo necessário, num primeiro momento, analisar o facto e a culpa dessa pessoa singular e, apenas num segundo momento, através de um mecanismo de imputação *normativa*, esse facto e essa culpa serão igualmente atribuídos à pessoa coletiva, conquanto esta surja, na concreta situação de facto, na veste de *representada* pela pessoa singular que agiu ou omitiu determinado dever. Trata-se, por isso, de um modelo assente ainda numa certa ideia de *ficção* e que nunca abdica da ligação entre o comportamento fáctico, ou seja, o *pedaço da vida* em que participou determinada pessoa singular, por um lado, e a pessoa coletiva, por outro. Contrariamente a esse modelo, a *autorresponsabilidade* foca-se na própria pessoa coletiva e faz radicar o juízo de censurabilidade no denominado “*defeito de organização*” que permitiu que um determinado ilícito com relevância criminal fosse praticado no seio da própria pessoa coletiva — isto, obviamente, em traços singelos e simplistas.

Ora, um modelo de autorresponsabilidade pressupõe um prévio dever de conformação da própria estrutura e organização da pessoa coletiva ao dever-ser jurídico-penal, encontrando-se, por isso, mais umbilicalmente ligado a um paradigma de *compliance*. Censura-se — e responsabiliza-se — a pessoa coletiva, porque esta não se dotou de mecanismos e regras que permitissem consolidar uma “*cultura interna*” de conformidade ao dever-ser jurídico. No fundo, conclui-se que a pessoa coletiva facilitou, potenciou ou criou um clima interno favorável à comissão de ilícitos penais, assentando nessa constatação o respetivo juízo de responsabilização. Sendo assim, num modelo similar, os programas de *compliance* assumirão uma relevância acrescida, na medida em que permitirão evidenciar (sempre que cumprirem todas as exigências acima escalpelizadas) que foi instituída e inculcada a todos os membros da pessoa coletiva uma “*cultura interna*” de conformidade ao direito. E, nesses modelos, a existência de efetivos e adequados programas de *compliance* poderá mesmo sustentar a conclusão pela exclusão de responsabilidade criminal da pessoa coletiva ⁽³³⁾ — conclusão que poderá enfrentar dificuldades acrescidas, se o modelo de imputação do facto à pessoa coletiva assumir as características próprias de um modelo de hetero-responsabilidade ⁽³⁴⁾.

³¹ Neste sentido, *cf.* RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, pp. 65 e ss.; SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, pp. 128 e ss.

³² Para maiores desenvolvimentos, e com mais referências bibliográficas, *cf.* MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação...”, *cit.*, pp. 163 e ss.

³³ *Vide*, neste sentido, SOUSA, SUSANA AIRES DE, *op. cit.*, pp. 128 e ss.

³⁴ Concluindo neste sentido, *vide* GODINHO, INÊS, “Uniformização do regime de responsabilidade penal das pessoas coletivas e programas de cumprimento normativo”, in *Corrupção em Portugal. Avaliação*

3.3. O artigo 11.º do Código Penal e os programas de *compliance*

É comum, nomeadamente em sede do pensamento dogmático produzido, identificar-se o modelo de imputação do facto penalmente relevante à pessoa coletiva consagrado, desde os idos de 2007, no CP português, como traduzindo um exemplo de modelo vicarial ⁽³⁵⁾. Ainda que se possa divisar, no artigo 11.º, n.º 2, do CP, alguns laivos de autorresponsabilidade da pessoa coletiva — nomeadamente através da consagração de uma espécie de “*culpa in vigilando*”, na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 11.º ⁽³⁶⁾ —, a verdade é que, analisando o modelo consagrado na legislação portuguesa, com destaque naturalmente para o CP, ressalta a dependência da responsabilização criminal da pessoa coletiva do plano da atuação ou omissão de pessoas singulares que integrem a pessoa coletiva. E esse tipo de modelo acarreta especificidades muito próprias, inclusive ao nível da alegação e descrição dos factos indiciários, em sede de acusação deduzida em processo penal, exigindo-se necessariamente a identificação das pessoas singulares que preenchem as hipóteses enunciadas em qualquer das alíneas do artigo 11.º, n.º 2, do CP — além da imprescindível identificação de qual das alíneas se socorre para concluir pela imputação de um crime à pessoa coletiva (caso contrário, o direito de defesa da pessoa coletiva, no processo penal, ficará irremediavelmente prejudicado, pois ambas as alíneas consagram modelos de imputação distintos, sendo, por isso, diferente oferecer defesa quanto a um desses modelos de imputação ou quanto a outro).

Contudo, uma vez que a alínea *b*) do artigo 11.º, n.º 2, do CP introduz um avanço significativo face a um puro modelo vicarial (semelhante àquele que impera, nomeadamente, nos ordenamentos anglo-saxónicos) ⁽³⁷⁾, os programas de *compliance* poderiam, pelo menos em tese, assumir relevância mesmo no plano da afirmação da responsabilidade da pessoa coletiva. Até porque o artigo 11.º do CP, no respetivo n.º 6, estatui que “*a responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito*”. Tradicionalmente, era neste preceito normativo que algumas vozes anteviam uma base legal para atribuir relevância jurídico-penal aos programas de *compliance*, os quais funcionariam como “*ordens ou instruções expressas de quem de direito*”. Ou seja, a existência — prévia à prática do facto penalmente relevante — de programas de *compliance*, com regras claras e efetivas, em particular de *non facere*, no contexto da pessoa coletiva, poderia sustentar a conclusão de que a pessoa singular que concretamente agiu ou omitiu, na verdade, interveio “*contra ordens ou instruções expressas de quem de direito*”. Relevante seria que as regras e os procedimentos internos infringidos pela pessoa singular fossem claros, per-

Legislativa e Proposta de Reforma, org. Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pp. 174-175.

³⁵ Vide, neste sentido, GODINHO, INÊS, “Uniformização do regime...”, *cit.*, pp. 168-169.

³⁶ Cfr. MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação...”, *cit.*, pp. 198 e ss.

³⁷ Concluindo no mesmo sentido, GODINHO, INÊS, “Uniformização do regime...”, *cit.*, p. 169. Veja-se, para maiores desenvolvimentos, MAGALHÃES, TIAGO COELHO, “Modelos de imputação...”, *cit.*, pp. 198 e ss.

cetíveis e inequívocos³⁸). No entanto, é importar frisar que o artigo 11.º, n.º 6, do CP sempre suscitou dúvidas, desde logo no plano da aplicação judicativa do direito, sem falar do debate dogmático sobre a relação que se poderia estabelecer entre a hipótese e estatuição daquela norma, por um lado, e os programas de *compliance*, por outro.

Ora, perante a avalanche legislativa mais recente, sobretudo em 2021, o legislador poderia ter clarificado o disposto no artigo 11.º do CP, introduzindo neste preceito geral e matricial da responsabilidade das pessoas coletivas a expressa relevância reconhecida aos programas de *compliance*. Ou, em alternativa, poderia nada verter naquele artigo 11.º, deixando incólume o respetivo n.º 6. E foi precisamente esta segunda opção que foi seguida pelo legislador — sem prejuízo das alterações que foram introduzidas em alguns números do artigo 11.º, nomeadamente quanto à própria imputação do facto penalmente relevante à pessoa coletiva, nos termos do respetivo n.º 2.

Essa era, *ab initio*, a opção espelhada na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção, na qual se podia ler o seguinte: “[s]em alterar o disposto no artigo 11.º do Código Penal quanto ao modelo de imputação do facto à pessoa coletiva, deve ser dada relevância substantiva aos programas de cumprimento normativo ao nível da determinação da pena em sentido amplo, à semelhança do que sucede em diversos ordenamentos jurídicos (espanhol, francês, argentino e chileno, italiano e brasileiro, no âmbito da responsabilidade administrativa das pessoas coletivas)”. E, com as alterações introduzidas ao CP com a Lei n.º 94/2021, o legislador tomou uma posição clara, desde logo ao nível político-criminal: o plano por excelência de manifestação da relevância dos programas de *compliance* será o da escolha e determinação da pena ou penas a aplicar à pessoa coletiva, não o prévio patamar da afirmação da sua responsabilidade penal.

O que ora se afirma parece, na nossa perspetiva, uma conclusão irrefutável. Contudo, cumpre salientar que a redação do artigo 11.º, n.º 6, do CP, anterior à Lei n.º 94/2021, permaneceu incólume. Isto é, não obstante o legislador reconhecer expressamente relevância aos programas de *compliance*, quanto à escolha e determinação da medida da pena — em moldes que analisaremos *infra* —, continuou a prever uma cláusula geral de exclusão da responsabilidade penal da pessoa coletiva quando a pessoa singular que concretamente agiu ou omitiu determinado dever tiver violado “ordens ou instruções expressas de quem de direito”. Coloca-se, por isso, a questão: poderão, ainda assim, os códigos de conduta e as regras e procedimentos instituídos e implementados ser considerados “ordens ou instruções expressas de quem de direito”, afastando a responsabilidade penal da pessoa coletiva, ao invés de apenas contribuir para a determinação da pena? A resposta a formular a esta interrogação não se afigura simples ou isenta de dúvidas. Mas admitimos como possível que a interpretação que, ocasionalmente, vinha sendo adotada do artigo 11.º, n.º 6, do CP, antes da Lei n.º 94/2021, permaneça válida e atual, mesmo em face do novo quadro legislativo, em particular da nova redação dos artigos 90.º-A e seguintes do CP. Tudo dependerá, em última análise, do que for alegado, em pleno processo penal, e do que resultar do exercício probatório realizado em audiência de discussão e julgamento. Pelo menos numa análise apriorística, parece-nos possível

³⁸ Cfr. BRITO, TERESA QUINTELA DE, “Relevância dos mecanismos de *compliance* na responsabilização penal da pessoa coletiva e dos seus dirigentes”, in *Anatomia do Crime*, n.º 0, 2014, pp. 80 e ss.

que determinados códigos de conduta, regras e procedimentos possam não se revelar suficientes para que se conclua que determinada pessoa singular agiu ou omitiu determinado dever “*contra ordens ou instruções expressas de quem de direito*”, mas, ainda assim, sejam códigos e regras adequados e eficazes, os quais poderão influenciar o procedimento de escolha e determinação da pena — o que também não implica que não haja programas de *compliance* que possam preencher o condicionalismo do artigo 11.º, n.º 6, do CP. No fundo, dependerá muito das circunstâncias de facto de cada caso concreto e acreditamos que será relevante o contributo que a jurisprudência venha a oferecer para esta problemática, quando o novo quadro legal que emergiu da Lei n.º 94/2021 se encontrar devidamente consolidado e começar a ser alvo de direta apreciação pelos tribunais.

3.4. *A opção do legislador português: a relevância dos programas de compliance na determinação das penas a aplicar às pessoas coletivas*

Como vimos, considerando o modelo de imputação do facto à pessoa coletiva consagrado no nosso ordenamento jurídico, o legislador deparava-se necessariamente perante o dilema atinente à relevância que poderia ser atribuída à adoção e implementação de um programa interno de *compliance*, no âmbito das pessoas coletivas, no momento de aferir a sua responsabilidade criminal e/ou a espécie e medida concreta das sanções a aplicar, se fosse o caso.

O trilho percorrido pelo legislador português e a solução alcançada e plasmada em letra de lei, em 2021, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, colocou, como vimos, a tónica no momento da escolha e determinação da pena. É aqui que surgem as novidades mais prementes da nova redação dos artigos do CP, *maxime* os artigos 90.º-A e seguintes, passando os programas de *compliance* a assumir relevância no momento de sancionar com uma pena a pessoa coletiva — após a prévia afirmação da sua responsabilidade criminal. Pelo que importa, agora, atentar à redação que os referidos preceitos normativos apresentam e enunciar algumas interrogações que ressaltam dos mesmos.

a) *A atenuação especial da pena prevista no artigo 90.º-A do CP*

O artigo 90.º-A do CP, no seguimento das alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, prevê agora uma modalidade de atenuação especial da pena aplicável à pessoa coletiva, no respetivo n.º 4, “*considerando [...] a circunstância de a pessoa coletiva ou entidade equiparada ter adotado e implementado, antes da prática do crime, programa de cumprimento normativo adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie*”.

A norma em causa remete-nos, necessariamente, para a cláusula geral de atenuação especial da pena ⁽³⁹⁾ prevista no artigo 72.º do CP. Nos casos em que se verificaria o preenchimento dos pressupostos daquela cláusula geral, como ensinava Figueiredo Dias, não se concluía apenas pela diminuição da ilicitude do facto e da culpa do agente, como também pela atenuação da própria necessidade da pena e das exigências de pre-

³⁹ Sobre o conceito em causa, *vide* ANTUNES, MARIA JOÃO, *Penas e Medidas de Segurança*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 70-71.

venção sentidas no caso concreto ⁽⁴⁰⁾. E é nesse quadro que se deve situar e enquadrar, agora, a redação vigente do artigo 90.º-A, n.º 4, do CP, a qual, aliás, remete expressamente para a cláusula geral consagrada no mencionado artigo 72.º do mesmo diploma, bem como para o disposto no artigo 73.º

O atual n.º 4 do artigo 90.º-A, no entanto, é claro ao exigir que o programa de *compliance* tenha sido adotado e implementado, “*antes da prática do crime*”. Convoca-se, assim, o disposto no artigo 3.º do CP, relativamente ao momento em que se considera praticado o facto penalmente relevante: “*no momento em que o agente atuou ou, no caso de omissão, deveria ter atuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido*”. Impõe-se, por isso, para que a pessoa coletiva possa vir a beneficiar de uma atenuação especial da pena, que o programa de *compliance* tenha sido adotado, antes do momento em que se considera praticado o ilícito criminal.

E o artigo 90.º-A, n.º 4, na sua redação atualmente vigente, introduz uma nota adicional relevante: a exigência de efetiva implementação do programa de *compliance* (“*ter adotado e implementado*”). Entendemos que esta exigência sempre resultaria, pelo menos, da exegese da própria norma, pois a mera existência de um programa ou código de conduta, desacompanhado de efetiva implementação e aplicação no seio da organização, como vimos anteriormente, não permitiria constatar e muito menos evidenciar que a pessoa coletiva havia adotado uma “*cultura interna*” de conformidade e de respeito ao dever-ser jurídico-penal. De qualquer modo, dissipando-se hipotéticas dúvidas aplicativas que pudessem resultar, o legislador entendeu pertinente clarificar que um programa de *compliance*, anterior à prática do facto penalmente relevante, deverá ter sido efetivamente implementado e não apenas aprovado pela pessoa coletiva, para que possa ser equacionada a atenuação especial da pena.

O mesmo n.º 4 do artigo 90.º-A do CP estatui que “[o] *tribunal atenua especialmente a pena*”, caso se verifique o condicionalismo de facto ali previsto. Poderia, por isso, indagar-se se a “*circunstância de a pessoa coletiva ou entidade equiparada ter adotado e implementado, antes da prática do crime, programa de cumprimento normativo adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie*” será suficiente para que o tribunal, necessariamente, atenua a pena ou se, ainda assim, sempre subsistirá alguma margem de apreciação por parte do tribunal, ainda que sujeita a um poder-dever de fundamentação da ausência de atenuação especial. Não cremos, no entanto, que se justifique qualquer distinção entre esta hipótese de atenuação especial da pena, aplicável às pessoas coletivas, e aquilo que se entende resultar da cláusula geral de atenuação especial da pena, prevista no artigo 72.º do CP. Ou seja, socorrendo-nos do entendimento já propugnado por Figueiredo Dias, ainda antes da Revisão de 1995 do CP, “*verificados os pressupostos respetivos, nomeadamente o pressuposto material da diminuição acentuada da culpa ou das exigências da prevenção, a concessão da atenuação especial é um dever ou uma obrigação — é uma autêntica «consequência jurídica» — a que o tribunal não pode*

⁴⁰ Cfr. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 305. No mesmo sentido, GARCIA, M. MIGUEZ / RIO, J. M. CASTELA, *Código Penal. Parte geral e especial*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2015, p. 394.

furtar-se”⁽⁴¹⁾. No fundo, estamos perante um verdadeiro poder-dever de que é titular o tribunal, não uma mera faculdade ou possibilidade admitida pela lei. Verificado o circunstancialismo em causa, o tribunal *deverá* atenuar especialmente a pena, não existindo propriamente uma margem de discricionariedade ou arbitrariedade, ainda que sujeita a fundamentação. Este sempre seria, de resto, o entendimento resultante do princípio da proporcionalidade das penas e da preferência por penas menos gravosas — inspirado no princípio da preferência pelas penas não privativas da liberdade, no caso das pessoas singulares.

b) *A influência dos programas de compliance na determinação da medida concreta da pena de multa*

Especificamente quanto à determinação da medida concreta da pena de multa — a pena principal por excelência aplicável a pessoas coletivas —, os programas de *compliance* também passam a assumir uma pertinência fulcral. Para tal, basta atentar à nova redação do artigo 90.º-B, n.º 4, de acordo com o qual a pena de multa a aplicar a pessoas coletivas deve obedecer aos critérios gerais enunciados no artigo 71.º, n.º 1, do CP (“*em função da culpa do agente e das exigências de prevenção*”), podendo, no entanto, “*ser considerada a circunstância de a pessoa coletiva ter adotado e executado, depois da comissão da infração e até à data da audiência de julgamento, um programa de cumprimento normativo com medidas de controlo e vigilância idóneas para prevenir crimes da mesma natureza ou para diminuir significativamente o risco da sua ocorrência*”. Dentro do *iter* de determinação da medida concreta da pena de multa — que exige, em primeiro lugar, a determinação dos dias de multa e, em seguida, a fixação do quantitativo diário —, os programas de *compliance*, como decorre da própria letra do artigo 90.º-B, n.º 4, do CP (e sempre resultaria da lógica do procedimento de determinação da medida concreta da pena de multa), deverão ser considerados na primeira etapa, ou seja, no momento da determinação do número de dias de multa. A fixação do quantitativo diário continuará a depender, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo 90.º-B do CP, “*da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores*”.

Assim, fica devidamente destrinchada a relevância dos programas de *compliance*, consoante a sua adoção e efetiva implementação tenha sido: (i) anterior à prática do facto penalmente relevante; ou (ii) posterior à prática do facto, porém em momento prévio à “*data da audiência de julgamento*”. Sendo anterior, a pessoa coletiva poderá mesmo beneficiar de uma atenuação especial da pena, como foi referido anteriormente; caso contrário, sendo o programa de *compliance* posterior à prática do facto, mas anterior ao início da audiência de discussão e julgamento, poderá relevar para efeitos de determinação da medida concreta da pena de multa a aplicar.

Ficamos, por isso, com dois marcos temporais essenciais: o momento da prática do facto e a data em que se inicia a audiência de discussão e julgamento. Consideramos

⁴¹ Cfr. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 308. No mesmo sentido, *vide* ainda GARCIA, M. MIGUEZ / RIO, J. M. CASTELA, *op. cit.*, p. 394.

que o recurso à expressão “*até à data da audiência de julgamento*” significa que é o início das sessões de audiência de julgamento — sobretudo quando a audiência se prolonga por mais do que uma sessão, como sucede frequentemente — o limite temporal para a aprovação e efetiva implementação do programa de *compliance*, pelo menos para que este seja tomado em consideração e ponderado, no momento de determinar o número de dias de multa da pena de multa que eventualmente venha a ser aplicada à pessoa coletiva. Poderia, alternativamente, o legislador ter considerado que ainda seria relevante o programa de *compliance*, caso fosse aprovado e implementado até, pelo menos, ao encerramento da discussão sobre a matéria de facto, em plena audiência de discussão e julgamento. Porém, compreende-se a meta temporal fixada pelo legislador, dentro da tramitação do processo. É que, como se verá adiante, o esforço probatório relacionado com a demonstração da adoção e efetiva implementação de um programa de *compliance* poderá revelar-se árduo — senão mesmo *hercúleo*. Exige-se, por isso, que seja produzida prova que evidencie isso mesmo, perante o tribunal de julgamento. Mais a mais, para que se possa concluir que um programa ou código de conduta foi devidamente implementado, compreendido e interiorizado pela estrutura da pessoa coletiva, talvez se possa admitir que será necessário um certo período de tempo mínimo de aplicação e execução desse programa ou código de conduta, o qual funcionaria como uma espécie de *teste* ou *ensaio* dessas regras, da sua adaptabilidade à realidade e à dinâmica da própria pessoa coletiva e também um lapso temporal suficiente para que se possa concluir que as regras e os procedimentos instituídos foram absorvidos por todas as pessoas singulares que integram a pessoa coletiva e por elas cumpridos e respeitados. No fundo, só o tempo — ainda que em medida indeterminável, dependendo da pessoa coletiva, da sua estrutura, do tipo de atividade desenvolvida, do número de pessoas singulares que a integram, da complexidade da organização, etc. — poderá suportar a afirmação de que existe, dentro da pessoa coletiva, uma “*cultura interna*” de conformidade e respeito ao dever-ser jurídico-penal.

c) *A aplicação de penas acessórias*

O legislador introduziu ainda algumas *nuances* ao nível da possibilidade de aplicação a uma pessoa coletiva de pena acessória (as quais, de acordo com o artigo 90.º-A, n.º 2, do CP, consistirão numa das seguintes espécies: *injunção judiciária; interdição do exercício de atividade; proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades; privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos; encerramento de estabelecimento; publicidade da decisão condenatória*), a qual, pela sua natureza, cumulará com a pena principal ou de substituição, nos casos em que o tribunal entenda que a aplicação dessa pena acessória “*se revele adequado e necessário para a realização das finalidades da punição*” (o que constitui uma formulação genérica de aplicação da sanção acessória). A esse propósito, o artigo 90.º-A, n.º 5, concretiza uma das hipóteses em que o tribunal poderá aplicar uma pena acessória à pessoa coletiva: “*por a pessoa coletiva não ter ainda adotado e implementado programa de cumprimento normativo adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie*”.

Desta forma, a (in)existência de programa de *compliance* ou de códigos de conduta assume uma dupla faceta: a sua existência e efetiva implementação releva enquanto

substrato fáctico que permite atenuar especialmente a pena aplicada à pessoa coletiva, além de contribuir para a determinação do número de dias de multa da pena multa; e a sua inexistência ou a inadequação de um programa existente poderá determinar o tribunal a concluir pela necessidade e adequação da aplicação à pessoa coletiva de uma pena acessória, a qual poderá corresponder, designadamente, a uma injunção destinada à elaboração, aprovação e implementação de um programa de *compliance* eficaz.

E uma das penas acessórias que pode ser aplicada a uma pessoa coletiva corresponde à injunção judiciária (*cf.* artigo 90.º-A, n.º 2, do CP). Ora, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, uma das injunções judiciárias que pode ser determinada e aplicada pelo tribunal a uma pessoa coletiva coincide precisamente com a “*adoção e implementação de programa de cumprimento normativo com medidas de controlo e vigilância idóneas para prevenir crimes da mesma natureza ou para diminuir significativamente o risco da sua ocorrência*”.

d) O específico problema da vigilância judiciária

Por fim, note-se que o artigo 90.º-E, n.º 1, do CP, que prevê a denominada vigilância judiciária, admite a possibilidade de o tribunal, quando dever ser aplicada a uma pessoa coletiva pena de multa em medida não superior a 600 (seiscentos) dias, apenas determinar o acompanhamento da pessoa coletiva por um representante judicial. A vigilância judiciária surge, assim, como uma verdadeira pena de substituição, que será aplicada em detrimento da pena de multa principal ⁽⁴²⁾.

Esse acompanhamento, ou vigilância, deverá ser fixado e balizado temporalmente, pelo período de um a cinco anos, competindo ao representante judicial fiscalizar a atividade da pessoa coletiva que conduziu à sua condenação ou — no segmento mais relevante, para o que ora nos ocupa — fiscalizar o “*cumprimento efetivo de um programa de cumprimento normativo com medidas de controlo e vigilância idóneas para prevenir crimes da mesma natureza ou para diminuir significativamente o risco da sua ocorrência*”. Importa, contudo, frisar que, como dispõe o n.º 3 do mesmo artigo 90.º-E, o representante judicial não dispõe de poderes de gestão da pessoa coletiva, devendo apenas proceder ao acompanhamento e fiscalização determinada pelo tribunal, informando este da evolução da atividade da pessoa coletiva, sempre que entender necessário, porém, pelo menos, com periodicidade semestral.

e) O conceito de “crime da mesma espécie” ou “crime da mesma natureza”

As novidades verificadas a propósito das penas aplicáveis às pessoas coletivas e entidades equiparadas, com a introdução dos programas de *compliance* no discurso legislativo e a sua relevância agora positivada em letra de lei, suscitam, porém, algumas dúvidas aplicativas adicionais, as quais reclamam necessariamente o futuro contributo da prática judiciária, como momento de realização judicativa do direito, para que as interrogações em causa possam ser clarificadas — além do contributo da própria dogmática.

⁴² Assim, *vide* ANTUNES, MARIA JOÃO, *op. cit.*, p. 22.

Uma das dúvidas que emergem dessas inovações legislativas coincide com a densificação e concretização do conceito de “*crime da mesma espécie*” ou “*crime da mesma natureza*”. Ora, o que se deve entender por “*crime da mesma espécie*” ou “*da mesma natureza*”? À partida, a solução mais adequada passará por entender que se tratarão de crimes que tutelam os mesmos bens jurídico-penais — e, de resto, essa corresponde à interpretação recorrentemente adotada face ao emprego da mesma expressão, na norma tipificadora do artigo 298.º do CP, que prevê o crime de apologia pública de um crime (onde se inclui, como elemento típico, “*crime da mesma espécie*”) (43). No quadro de um direito penal do bem jurídico, em que a intervenção punitiva do Estado, ainda que em *ultima ratio*, se destina a proteger eventuais ofensas cometidas contra bens jurídicos cuja tutela reclama a intervenção do direito penal, essa será porventura a solução mais ajustada. Não se trata, ainda assim, de uma resposta isenta de dificuldades, no momento da aplicação prática da norma, pois, relativamente a determinados tipos legais de crime, existe alguma controvérsia a propósito da identificação do bem jurídico-penal tutelado pela incriminação em causa. Não obstante essas divergências — ocasionalmente divergências ditadas sobretudo por diferentes designações para o mesmo *bem*, não por um desalinhamento completo face à identificação do *valor* em causa — possam acarretar dificuldades, compreende-se o critério adotado pelo legislador. E parece-nos que esse critério também permite limitar, dentro dos limites da razoabilidade, os programas de *compliance* que concretamente poderão ser considerados relevantes, num determinado caso, no qual se afere a responsabilidade da pessoa coletiva pela prática de um determinado tipo legal de crime.

f) Os programas de *compliance* e o desafio probatório em processo penal

A introdução do princípio *societas delinquere potest* no CP, pelo menos desde 2007, convocava algumas dificuldades ao nível do processo penal, sobretudo enquanto o ordenamento jurídico-processual ainda assentava numa matriz antropocêntrica, não consagrando normas processuais específicas dedicadas à intervenção e participação da pessoa coletiva no processo penal, como sucedia até muito recentemente (44) — cenário que apenas se alterou com a aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro (45). Se essas dificuldades já se verificavam anteriormente, considerando que a responsabilidade penal das pessoas coletivas, antes de 2007, já se encontrava prevista em diversa legislação extravagante, a verdade é que a radical alteração do artigo 11.º do CP, naquele ano, adensou essas dificuldades — em especial, porque o legislador não aproveitou esse impulso legiferante para adaptar, na medida do possível, o próprio processo penal à realidade e às contingências que marcam as pessoas coletivas.

No entanto, independentemente dos problemas processuais que emergem da intervenção da pessoa coletiva no processo penal, sobretudo enquanto arguida, a verdade é

⁴³ Cfr., a título exemplificativo, GARCIA, M. MIGUEZ / RIO, J. M. CASTELA, *op. cit.*, p. 1172.

⁴⁴ Sobre este ponto, veja-se ANTUNES, MARIA JOÃO, *Processo Penal e Pessoa Coletiva Arguida*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 10-19.

⁴⁵ Vide ANTUNES, MARIA JOÃO, “A pessoa coletiva arguida no processo penal. O que muda?”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 31, n.º 3, setembro-dezembro 2021, pp. 533 e ss.

que a introdução dos programas de *compliance* na discursividade jurídico-penal, nos moldes acima expostos, mobiliza igualmente algumas dificuldades processuais.

Os problemas mais prementes situar-se-ão, naturalmente, ao nível probatório. Como não poderia deixar de ser, os programas de *compliance* ficarão sujeitos ao princípio da livre apreciação da prova, consagrado no artigo 127.º do Código de Processo Penal, e daí resultarão dificuldades no plano da valoração desses programas como elemento probatório, as quais impendem sobretudo sobre o julgador, mas também dificuldades probatórias da parte de quem alega a existência e relevância desses programas e pretende demonstrar cabalmente a sua adoção e implementação e quais as concretas regras e procedimentos instituídos e o respetivo conteúdo.

A este propósito, e a título exemplificativo, Anabela Rodrigues propõe um “*teste de adequação abstrato-concreto do programa de compliance, uma apreciação da adequação do programa, quer quanto aos seus aspetos gerais quer quanto à eficácia no caso específico*”⁽⁴⁶⁾. Ou seja, no momento fulcral da apreciação e valoração, enquanto meio de prova, sobretudo em plena audiência de discussão e julgamento, do programa de *compliance*, este deverá ser analisado sob o prisma de adequação das suas normas e dos procedimentos internos por si instituídos à realidade própria e específica da pessoa coletiva a que respeita — e será também aí que se poderá aferir se, efetivamente, aquele determinado programa ou código de conduta foi de facto implementado, na estrutura da pessoa coletiva, e cumprido. E, logicamente, se o mesmo se revelava apto a prevenir a ocorrência de “*crimes da mesma espécie*” ou “*crimes da mesma natureza*”.

Neste contexto, cumpre recordar ainda que impera o princípio da presunção de inocência, o qual beneficia de assento constitucional expresse, no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, pelo que o ónus probatório recai sobre a acusação, podendo a defesa do arguido, no limite, adotar uma postura de inércia processual que, só por si, não o poderá prejudicar (não é por acaso que, na lógica sequencial da produção de prova na fase de julgamento, a produção de prova da defesa apenas começa depois de concluída a prova da acusação, nos termos do artigo 341.º do CPP). No entanto, deparando-se com a imputação da prática de um ilícito penal, inclusive em sede de um libelo acusatório, será provavelmente do interesse da própria pessoa coletiva, no exercício dos seus direitos de defesa, alegar e provar a existência de um programa de *compliance* ou de códigos de conduta internos válidos, eficazes e que foram efetivamente implementados. E esse interesse torna-se, agora, mais notório, considerando as novidades legislativas introduzidas aos artigos 90.º-A e seguintes do CP. Ainda que se possa entender que a relevância dos programas de *compliance*, no plano do direito constituído, se circunscreve ao momento da determinação da espécie e medida das sanções penais a aplicar — sem prejuízo do que acima se expôs, a propósito da articulação dessa opção de política criminal com o disposto no artigo 11.º, n.º 6, do CP —, será sempre do interesse do ente coletivo alegar, em sua defesa, essas circunstâncias internas da sua estrutura e organização (nomeadamente na contestação criminal que eventualmente ofereça aos autos, antes do início da audiência de discussão e julgamento), e, concomitantemente, provar essas mesmas circunstâncias.

⁴⁶ Cfr. RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, p. 67.

Não se trata, contudo, de um esforço probatório simples e, naturalmente, poderá implicar a mobilização de distintos meios de prova, *maxime* documentais e testemunhais. É que a prova documental permitirá atestar que os programas e códigos de conduta foram mesmo aprovados, internamente, seguindo os trâmites internos próprios, e até poderá demonstrar que os programas e regras foram disponibilizados a todas as pessoas singulares que integram a pessoa coletiva. Contudo, a prova testemunhal — frequentemente apelidada de *prova rainha* — desempenhará igualmente um papel relevante, não apenas ao nível do depoimento daqueles que integravam a estrutura da pessoa coletiva (e que poderão atestar a implementação dos programas e códigos internos e as formações ministradas para que aquelas regras fossem devidamente transmitidas e inculcadas), mas também ao nível de terceiros que lidavam e interagem com a pessoa coletiva em causa, nomeadamente fornecedores, clientes e parceiros de negócios. Dessa forma, poderá almejar-se a prova da “*cultura interna*” de fidelidade ao direito e de cumprimento do dever-ser jurídico-penal, bem como a perspectiva preventiva que foi adotada internamente pela pessoa coletiva, em ordem a obstar à prática de factos penalmente relevantes na sua estrutura.

Será, pois, mediante a produção de prova que a pessoa coletiva poderá demonstrar que o programa de *compliance* e os códigos de conduta por si adotados e implementados transcenderam o mero plano do *papel afixado na parede*, com real absorção do seu conteúdo e da cultura latente pelos vários estratos da organização e por aqueles (pessoas singulares) que integram a pessoa coletiva em causa ⁽⁴⁷⁾.

Existe, contudo, um risco inerente à necessária apreciação e valoração dos programas de *compliance*, em processo penal: a desconfiança que os intervenientes do sistema judiciário poderão revelar relativamente aos programas de *compliance* ⁽⁴⁸⁾, a qual se encontra umbilicalmente associada à desconfiança generalizada a que se assiste, com alguma frequência, relativamente à ideia de *compliance*, sobretudo quando encarada como possível *válvula de escape* para afastar a responsabilidade criminal da pessoa coletiva. Também aqui importa aguardar que a *law in books* se converta, verdadeiramente, em *law in action* e que este paradigma se introduza de facto no discurso judicial e que a problemática dos programas de *compliance* seja apreciada pelos tribunais para dissipar quaisquer desconfianças ou receios que ainda persistam.

4. Algumas conclusões

Quo vadis?

Era esta interrogação que abria o título da presente exposição e que requer, agora, alguns ensaios de resposta.

É sempre difícil, ou até mesmo impossível, antecipar todos os cenários e qual o rumo que o *status quo*, inclusive jurídico, assumirá, a breve trecho. Em contrapartida, revela-se mais simples referir qual o caminho que, até agora, foi trilhado e qual o ponto em que nos encontramos. Nesse conspecto, é pelo menos notório que o legislador português ado-

⁴⁷ Em sentido próximo, *vide* RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, pp. 66 e ss.

⁴⁸ Alertando para essa situação, *vide* RODRIGUES, ANABELA MIRANDA, *op. cit.*, p. 68.

tou uma posição inequívoca, a propósito da relevância jurídico-criminal dos programas de *compliance*, remetendo a questão para a problemática das penas e da respetiva medida, em detrimento de positivar essa relevância expressamente no plano da apreciação da própria responsabilidade criminal da pessoa coletiva — *rectius*, da sua exclusão. Ainda assim, como vimos, uma vez que o artigo 11.º, n.º 6, do CP não foi alterado pela Lei n.º 94/2021, subsistem interrogações sobre como se articulará este preceito, no futuro, com a introdução expressa dos programas de *compliance* apenas ao nível das penas. E, nesse campo, como tivemos oportunidade de referir, acreditamos que a nova redação dos artigos 90.º-A e seguintes do CP não encerra definitivamente a questão e não afasta de vez a possibilidade de os programas de *compliance* influenciarem também a afirmação, ou não, de responsabilidade penal das pessoas coletivas e entidades equiparadas, tendo em conta a cláusula geral de exclusão de responsabilidade plasmada no artigo 11.º, n.º 6, do CP, que permanece intocada.

No mais, será necessário aguardar que as novidades legislativas introduzidas em 2021 se consolidem, no ordenamento jurídico, e sejam apreciadas pela jurisprudência, de forma a procurar clarificar algumas dúvidas e perceber de que forma os programas de *compliance* são, de facto, um dado novo e essencial, no âmbito do direito penal económico e financeiro e sobretudo quanto à responsabilidade criminal das pessoas coletivas.

Pelo menos parece-nos certo que o novo paradigma, que se veio afirmando ao longo dos últimos anos, não será abandonado. Os programas de *compliance* constituem um elemento essencial a ser tomado em consideração, quando abordamos a problemática da responsabilidade criminal das pessoas coletivas, e a sua relevância e pertinência — com alguma segurança o afirmamos — ainda crescerá, no futuro próximo. *Ser cumpridor* será o ponto de partida para afastar consequências criminais mais severas. Isso, aliás, já é uma certeza, em face das inovações convertidas em letra de lei, no ordenamento jurídico português.