

Reflexões sobre o Direito penal das sociedades comerciais. Entre o passado e o futuro: as iniquidades do presente no regime legal

DR. JOSÉ MANUEL COSTA GALO TOMÉ DE CARVALHO

O juiz justo não é técnico nem Deus, mas quem pode ponderar a solução do conflito permanente entre o mal do crime e o mal da própria justiça.

Maria Fernanda Palma

SUMÁRIO: I – Introdução. II – Do Direito comparado. III – Da integração do Direito penal das sociedades comerciais no Direito penal económico. IV – Da legitimação do Direito penal das sociedades comerciais. V – Do bem jurídico protegido. VI – Da sinopse do regime sancionatório vigente. VII – Que futuro para o Direito penal societário?

I – Introdução

A disciplina das sociedades comerciais – sobretudo das sociedades por acções – não é apenas um problema de organização técnica que se possa pensar como politicamente neutra: ela é um instrumento fundamental da própria política económica e social geral¹.

A publicação da legislação penal e de mera ordenação social sobre comportamentos ilícitos que materialmente se inscrevem no âmbito das activida-

¹ JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA, *Notas sobre o Direito penal especial das sociedades comerciais*, Revista de Direito e Economia, separata do n.º 2 (Julho/Dezembro 1977), 268.

des próprias das sociedades comerciais decorre da ampla reforma centrada no Código das Sociedades Comerciais ocorrida em 1986.

Inicialmente, entrou efectivamente em vigor um «Código das Sociedades Comerciais», mas dele não veio a constar, pese embora a natural expectativa criada pelo atempado pedido e pela concessão de autorização parlamentar ao Governo para legislar sobre a matéria, o projectado título sobre incriminações e sanções punitivas².

Na realidade, o articulado do título relativo a disposições penais e de mera ordenação social não surgiu na versão inicial do Código das Sociedades Comerciais, como sublinha Menezes Cordeiro³, «por razões circunstanciais», pois não foi possível «no tempo então considerado útil, fazer aprovar a competente lei de autorização legislativa». Por isso, escalonou-se o processo legislativo em duas fases distintas. A primeira disse respeito à legislação comercial primária, enquanto a segunda, já perspectivada no projecto inicial, foi promovida pelo Decreto-Lei n.º 184/87, de 21 de Abril, que introduziu o Título VII no Código das Sociedades Comerciais e contém o quadro normativo de natureza penal agora em discussão.

Não se pode dizer que seja nova, ou sequer recente – atente-se no *Fraudulent Trustees Act* de 1857 e no *Larceny Act* de 1861 em Inglaterra ou nas Leis Francesas de 17 de Julho de 1856 e de 24 de Julho de 1867 – a necessidade de editar normas penais sobre a matéria da vida das sociedades comerciais. Desde há muito, com efeito, que aos responsáveis pela gestão das empresas mercantis se tem aplicado a lei penal, sempre que a sua actuação, no quadro da sociedade, preenche qualquer dos tipos clássicos de crime. Tradicionalmente, as questões penais postas pelas actividades comerciais eram objecto de tratamento nos quadros genéricos do direito penal, por aplicação de normas sobre tipos clássicos de crimes como a burla, a infidelidade, a falsificação ou o abuso de confiança. O surgimento de problemas específicos da vida mercantil, levou a que, gradualmente, devido à inoperacionalidade funcional do direito punitivo geral relativamente a questões sectoriais de âmbito estritamente técnico, o legislador recorresse, de forma pontual, a disposições nos domínios especializados do direito fiscal, do direito falimentar, do direito do mercado dos valores mobiliários ou concebesse regras punitivas das infracções contabilísticas ou das práticas anti-concorrenciais. Posteriormente, e com maior acuidade na ponta final

² MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Sobre a tutela penal da informação nas sociedades anónimas: problemas da reforma legislativa*, separata da Revista «O Direito», anos 106-119, 1974/1987, 273.

³ MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código das Sociedades Comerciais* (2009), 44.

da década de oitenta do século XX, o termo da bipolaridade mundial, a crise do Estado Providência, a transnacionalização e integração dos mercados, o endeusamento dos meios tecnológicos e de informação, o crescente livre trânsito de pessoas, capitais, serviços e mercadorias mudaram o figurino da vida pública nacional e internacional e da organização social vigente, a que se soma a nível interno a consolidação do regime democrático e a integração no espaço comunitário europeu. Estas mudanças estruturais deram origem àquilo a que denominamos por «sociedade de risco».

A sociedade de risco desencadeou novas necessidades humanas, as quais reclamaram novos tipos de protecção e justificaram o reforço dos mecanismos de tutela até então existentes. A tudo isto, não ficou obviamente indiferente o Direito penal, que foi forçado a desenvolver uma política criminal de tipificação de delitos de perigo e a construir um modelo alternativo de *ius puniendi* estatal baseado na ideia da prevenção. Neste campo a necessidade de responder à violação das normas que dizem respeito a aspectos particulares da disciplina societária (constituição, liquidação, publicidade, etc.) levou o legislador a criminalizar certos comportamentos, criando novos tipos de infracção privativos do direito das sociedades⁴.

A existência de um direito penal especial das sociedades comerciais nasceu da impossibilidade, desde há muito verificada, de se prevenirem os vários perigos que se apresentam em diferentes momentos da vida social pelo exclusivo recurso ao direito penal e de, portanto, se garantir dessa forma uma protecção suficiente dos vários interesses que estão ligados à actividade das empresas⁵. Entramos assim na era do direito penal secundário, que constitui uma expansão do direito penal⁶.

Aquilo a que nos propomos neste ensaio não é realizar a justa interpretação e análise individual das soluções jurídicas oferecidas pela legislação penal societária, porquanto, face ao número de preceitos editados pelo legislador, essa missão ficaria necessariamente incompleta e teria pouca utilidade prática ou dogmática. Assim, partindo das proposições normativas em questão, a nossa intenção primeva é detectar o sentido das fórmulas utilizadas na descrição das normas incriminadoras e identificar o denominador comum a todos os ilícitos

⁴ JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA, *Notas sobre o Direito penal especial das sociedades comerciais* cit., 267.

⁵ JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA, *Notas sobre o Direito penal especial das sociedades comerciais* cit., 280.

⁶ MÁRIO FERREIRA MONTE, *Da legitimação do Direito penal tributário em particular, os paradigmáticos casos de facturas falsas* (2007), 143.

societários integrados no Código das Sociedades Comerciais. Assim sendo, o debate gravita essencialmente em torno das ideias da legitimação e da natureza do bem jurídico afectado, com o objectivo de clarificar o modelo sistémico que permite autonomizar o Direito Penal Societário. Terminaremos com uma sinopse do regime sancionatório vigente e com uma projecção sobre o futuro do direito penal das sociedades comerciais.

A tarefa não é fácil, basicamente porque a nível interno chegam os dedos de uma mão para contabilizar a produção doutrinária que se debruça especificamente sobre o tema. Em adição, para além da falta de divulgação dos trabalhos preparatórios, a inexistência de jurisprudência e a ausência de conhecimento generalizado sobre a própria existência das constelações normativas em apreço seriam factores adicionais de desmotivação. Por último, o sistema jurídico português, em matéria de infracções societárias, apesar de claro e de estar convenientemente sistematizado, não obedece a uma linha de política criminal definida e sustentada. Em contraponto, a densidade axiológica inerente a estas normas e o amplo espaço de abertura para a inovação interpelativa – e não para a invenção – funcionam como o principal estímulo para a tarefa que nos propomos desenvolver.

II – Do Direito comparado

Em sede de direito continental europeu confrontam-se dois modelos históricos: o da legislação alemã, que afirma a punibilidade de alguns, mas poucos, comportamentos graves; e o da legislação francesa, que inicialmente rejeitava o modelo do Ilícito de Mera Ordenação Social e continha um tipo pautado pela abundância de tipos delituais criminais no domínio do direito societário.

O direito francês foi pioneiro a criar as infracções criminais em matéria societária. As Leis de 17 de Julho de 1856 e de 24 de Julho de 1867 estabeleceram penas correcionais para irregularidades graves na constituição de sociedades em comandita por acções e nas sociedades anónimas e sancionaram penalmente a publicação de informações falsas e a distribuição de dividendos fictícios. Esta última lei foi sucessivamente objecto de alterações e veio a ser substituída pela *Loi des Sociétés Commerciales* (Lei n.º 66/537, de 24 de Julho de 1966), diploma que continha mais de seis dezenas de artigos com disposições penais (artigos 423.º a 489.º). Entretanto, a Lei de 15 de Maio de 2001 (*Nouvelles Régulations Économiques*) procedeu à despenalização de diversos delitos societários. E essa linha programática acentuou-se com a publicação da *Loi sur*

la Sécurité Financière (Lei de 1 de Agosto de 2003), da *Ordonnance sur la Simplification du Droit et des Formalités pour les Entreprises* (Lei de 25 de Março de 2004) e da *Ordonnance sur les Valeurs Mobilières* (Lei de 25 de Junho de 2004). Na actualidade, a Lei Penal Francesa mantém um núcleo central de cerca de vinte delitos societários.

Na Confederação da Alemanha do Norte, que foi englobada em 1871 no Império Alemão, as primeiras infracções disseram respeito à falsificação ou ocultação de balanços e à omissão de avisos sobre o excesso de dívidas societárias e foram editadas na Emenda à Lei das Sociedades por Acções, datada de 11 de Junho de 1870. Sucessivamente esta barreira protectora foi ampliada através da Lei das Sociedades em Comandita por Acções e das Sociedades Anónimas (de 18 de Julho de 1884) e da Lei da Bolsa (*Börsengesetz*). De seguida, teve desenvolvimento uma fase em que, prioritariamente, as disposições penais foram integradas no HGB de 10 de Maio de 1897. Posteriormente, registaram-se algumas reformas intercalares, até que, em 30 de Janeiro de 1937, o quadro punitivo foi incluído na Lei das Sociedades por Acções. No *Aktiengesetz* de 6 de Setembro de 1965 foram integrados casos especiais de comportamento incorrecto de certos agentes económicos (§§ 399 a 404 e § 405) e ao mesmo tempo este diploma consagrou inúmeras infracções contra-ordenacionais. A Lei de 2 de Março de 1974 promoveu a adaptação entre a Parte Geral do Código Penal e o Regime do Direito Penal Societário. Entretanto, outras alterações se multiplicaram no tempo, as mais das vezes relacionadas com a transposição de Directrizes Comunitárias, passaram para o HGB (*Handelsgesetzbuch*) as disposições penais que puniam os deveres de divulgação e de exame de relatórios e contas e foram eliminadas algumas infracções criminais previstas no *Aktiengesetz*. Actualmente, por via da valorização do direito de mera ordenação social, o modelo alemão persegue uma estratégia de política penal discriminizadora, cominando penas somente para as falsas declarações, exposições inexactas, as infracções dos deveres em caso de prejuízos, excesso de dívidas e falência, falsificação de certificados com vista a exercer fraudulentamente direito de voto em assembleia social, infracção da obrigação de relatar e, por fim, infracção do dever de guardar segredo empresa ou do negócio⁷.

Em Itália, o Codice Civile de 1942 continha um sistema dualista de ilícitos criminais que integrava crimes (*delitti*) e contravenções (*contravvenzione*). Este regime foi modificado pelo Decreto Legislativo n.º 61, de 11 de Abril de 2002. Fruto dessa reforma, instalou-se na doutrina italiana uma polémica rela-

⁷ MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código das Sociedades Comerciais* cit., 1246.

cionada com a mudança dos elementos típicos do delito de falsas comunicações sociais, preceito esse que foi segmentado em dois, sendo que a falsificação do balanço que provoque dano aos sócios ou aos credores sociais transformou-se num crime de natureza semi-pública e nos demais casos em que não ocorra uma ofensa patrimonial o ilícito assume a veste de contravenção. Esta reforma⁸ transformou os delitos societários em crimes de natureza essencialmente patrimonial e acantonou os perigos criados por meio de violação dos funcionais próprios dos membros dos órgãos sociais no sector das contravenções.

Por último, uma chamada de atenção para o Direito espanhol em que o legislador integrou os delitos societários nos artigos 290.º a 297.º do Código Penal (CP). A matéria objecto de análise não constituía direito positivo até à respectiva inserção no Código Penal. Nos textos pré-legislativos da década de oitenta existia um capítulo dedicado aos delitos societários e essa decisão de criminalização foi corroborada no Projecto de Código Penal de 1992. Carlos Martínez-Bújan Pérez⁹, no prólogo de tese apresentada por Patrícia Faraldo Cabana, faz notar a precipitação com que foi aprovado o Código Penal «aprobado a trancas e barrancas» e «com importantes desajustes en su Parte Especial, fruto de la improvisación, de la escasa discusión científica y del deseo del grupo parlamentario de turno de introducir a toda costa la enmienda que celosamente había preparado. El resultado (...) está a la vista: visibles defectos de técnica legislativa y, lo que es peor, acompañados de un deficiente manejo del idioma español». Serve este apontamento, ainda que lateral, para reconhecer que, também no direito comparado, existem problemas de legística e de técnica legislativa. Afinal não estamos isolados nesta matéria. Será uma pandemia transfronteiriça?

III – Da integração do Direito penal das sociedades comerciais no Direito penal económico

O preâmbulo do Código Penal [ponto 18] alerta que «a comunidade politicamente organizada eleva determinados valores à categoria de bens jurídico-penais. Nem todos os interesses colectivos são penalmente tutelados, nem todas as condutas socialmente danosas são criminalmente sancionadas. É por isso que

⁸ LUIGI FOFFANI, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (art. 261 e 2622)*, em AAVV, *I nuovi reati societari – Diritto e processo* (2002), 231–323.

⁹ PATRÍCIA FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996), 23.

fundamentalmente se fala do carácter necessariamente fragmentário do direito penal».

Num Estado de Direito, de cariz social e democrático, a função do direito penal só pode consistir, não na realização de qualquer ideia absoluta de retribuição, mas no propósito de constituir uma ordem efectiva (se bem que subsidiária) de protecção de bens jurídico-penais; é dizer, das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem¹⁰.

O direito penal há-de sempre dizer respeito a acções que apresentem um especial grau de danosidade social e que só possam ser eficazmente prevenidas com o recurso a sanções particularmente enérgicas como são as penas. Onde se mostrem bastantes outros meios mais suaves de fazer respeitar a ordem jurídica, falta ao direito penal a imprescindível legitimação que lhe advém precisamente da necessidade social da sua intervenção. Quer se parta de uma finalidade de prevenção geral das sanções penais (que muitos estariam, aliás, dispostos a reconhecer dominante precisamente em certos domínios do direito penal especial, como, por exemplo, o direito penal económico), quer se exija que a intervenção penal, como ultima ratio, pressuponha ainda uma certa ressonância moral ou ético-jurídica do facto proibido¹¹.

O direito penal é (e deve continuar a ser) um direito de tutela de bens jurídicos, isto é afinal, de preservação das condições indispensáveis da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade¹². Porém, nos dias que correm o Direito Penal tanto protege estruturas normativas que regem a interacção mundivivencial, assegurando, desse modo, funções de integração social, como reforça, através das suas normas de sanção, deveres jurídicos criados no interesse do controlo administrativo de certas disfuncionalidades económicas, realizando neste âmbito funções de integração sistémica¹³.

A dogmática penal foi forçada a evoluir de modo a acompanhar as mudanças sociais e a dar consistência prática às injunções normativas decorrentes do novo e crescente intervencionismo do Estado. Surgiram então novas áreas que reclamavam um modelo de tutela jurídica sancionatória distinto e isso impli-

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Sobre a inimputabilidade jurídico-penal em razão da anomalia psíquica: a caminho de um novo paradigma*, in *Temas básicos da doutrina penal (Sobre os fundamentos da doutrina penal – Sobre a doutrina geral do crime)* (2001), 267.

¹¹ JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA, *Notas sobre o Direito penal especial das sociedades comerciais* cit., 284.

¹² FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime* (1996).

¹³ SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*». *Uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica* (2008), 580.

cou que o aplicador fosse orientado por critérios diversos e instrumentos que não os dos séculos anteriores, como forma adequada de resolver os problemas que emergiram na fase final do século XX.

Jorge Bravo evidenciou essa preocupação quando referiu que o direito penal não «pode permanecer indiferente e tentar apenas reagir a novas fenomenologias criminais, comumente apelidadas de criminalidade económica, levadas a cabo dentro de formas de organização empresariais, com a utensilagem criminal clássica – em que era exclusiva ou preponderante a responsabilização criminal individual – terá de adoptar outros mecanismos na luta contra um tipo de criminalidade que condiciona e interfere nos próprios centros de decisão (leia-se, centros de poder) das sociedades contemporâneas»¹⁴.

Também Coelho Simões¹⁵ pugna que no direito penal secundário – e progressivamente no próprio direito criminal – «subjaz uma nova realidade social, representando uma ruptura com a racionalidade que acompanha o direito penal de justiça desde a sua génese. Perante esta nova realidade, o direito penal secundário assume-se como novo instrumento, mas, para além disso, como manifestação da entrada no direito penal de uma nova concepção antropológica. O novo direito penal – nascido da conjugação do direito penal de justiça e do direito penal secundário – é expressão de uma visão total do homem, vislumbrando a sua esfera de actuação pessoal, mas não esquecendo o seu eminente cariz societário».

Figueiredo Dias salienta que a diferença entre os dois mundos radica «essencialmente, de um ponto de vista material, no diferente âmbito de relacionamento do bem jurídico com a ordenação axiológica constitucional. Pois enquanto os crimes do direito penal de justiça se relacionam em último termo, directa ou indirectamente, com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos, liberdades e garantias das pessoas, já os do direito penal secundário – e de que se encontram exemplos por excelência no direito penal económico (da empresa, do mercado de trabalho, da segurança social...), financeiro, fiscal, aduaneiro, etc. – se relacionam primariamente com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos sociais e à organização económica»¹⁶.

¹⁴ JORGE REIS BRAVO, *Crítérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (Elementos para uma dogmática da responsabilidade penal de entes colectivos)*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 13, n.º 2 (Abril-Junho de 2003), 209.

¹⁵ COELHO SIMÕES, *A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna*, in *Temas de Direito Penal Económico* (2005), 308.

¹⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime* (2001), 48-49.

Faria Costa afirma a «inexistência material de qualquer diferenciação» entre o direito penal clássico e o direito penal secundário. Idêntico posicionamento é perflhado por Taipa de Carvalho que sustenta que não há uma diferença qualitativa ou substancial entre o direito penal tradicional ou comum e o direito penal secundário: tanto são bens jurídico-penais os valores tutelados pelo primeiro como os protegidos pelo segundo¹⁷.

Por antecipação, Lopes Rocha¹⁸ havia defendido que o direito penal secundário «não deveria afastar-se dos princípios enformadores de todo o sistema penal, ainda que tivesse de transigir com algumas especificidades». Referindo-se ao Direito penal económico, Silva Dias¹⁹ também esclarece que «esta autonomização não tem por base uma ruptura mas tão só especificidades – quanto bastem, diga-se – tanto ao nível do objecto, como ao nível metodológico».

Como é inquestionável as especificidades existentes não passam em absoluto pela circunstância desse ramo emergente estar contido em leis avulsas. Esses novos ramos do Direito penal continuam «a nutrir-se desse discurso jurídico-penal»²⁰ e não é a respectiva inserção sistemática que condiciona a respectiva linha de rumo. No fundo, é a grande complexidade técnica e a heterogeneidade das matérias abrangidas que impedem que haja uma unidade valorativa comum e uma visão sistemática integrada destes dois pólos do Direito penal.

As principais diferenças entre o direito clássico e o moderno ordenamento punitivo situam-se na mutabilidade dos bens jurídicos emergentes, nas questões da fundamentação do momento e da qualidade da intervenção penal e, por fim, na diferente ressonância ética e social do comportamento delituoso que, por vezes, no direito penal extravagante, tem uma matriz meramente artificial.

A circunstância do direito penal secundário ser uma zona privilegiada de irrupção de ameaças geradas pelos novos riscos²¹, impõe que o Direito Penal, com as matrizes de validade e as funções que lhe conhecemos, fique vinculado a essa tarefa de protecção de novos valores ou bens.

¹⁷ TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal – Parte geral – Questões fundamentais* (2003), 177-178.

¹⁸ LOPES ROCHA, *A revisão do Código Penal, soluções de neocriminalização*, in *Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal*, vol. I (1996), 79.

¹⁹ AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos emergentes do Direito penal relacionados com a protecção do futuro (Ambiente, consumo e genética humana)* (2008), 18.

²⁰ AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos emergentes do Direito penal* cit., 18.

²¹ AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos emergentes do Direito penal* cit., 22.

No capítulo doutrinário, na Europa continental, existe uma profícua e proveitosa produção literária na Alemanha, na França, em Itália e em Espanha. Nestes países, a fenomenalidade criminal societária tem suscitado um interesse e um grau de atenção superior àquele que despertou em Portugal. Nomes como os de Klaus Tiedemann²², León Constantin²³, Jean-Marie Robert²⁴, Miguel Bajo Fernandez²⁵, Guiseppa la Cute²⁶, Francesco Galgano²⁷, Sérgio Vinciguerra²⁸, Nicola Mazzacuva²⁹, Mireille Delmas-Marty³⁰, Arroyo Zapatero³¹, Muñoz Conde³², Rocco³³ ou Terradillos Basoco³⁴ têm assumido posições públicas que contribuíram para a autonomização do Direito penal societário.

Pese embora alguns teóricos admitam que os bens jurídicos imanentes ao direito penal secundário reclamem uma alteração do quadro valorativo e categorial no que concerne à imputação da responsabilidade penal, podemos afirmar convictamente que, na generalidade, a dogmática jurídico-penal superou a tensão dialéctica entre as teses da centralidade do direito penal e da perificidade da legislação penal avulsa, negando a diferente valia dos direitos protegi-

²² KLAUS TIEDMANN, *La criminalidad económica como objeto de investigación*, trad. Enrique Bacigalupo, in CPC, n.º 19 (1983), 171-183; *Poder económico y delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)*, trad. A. Mantilla Villegas (1985); *Les taches de la recherche et de la reforme dans de domaine de la criminalité économique sur le plan internationale*, trad. Denyse Chast, RScCrim, n.º 3 (Julho-Setembro), 1985, 451-470.

²³ LEÓN CONSTANTIN, *Droit Pénal des Sociétés par Actions* (1968).

²⁴ JEAN-MARIE ROBERT, *Le Droit Penal des affaires*, col. «Que sais-je», n.º 1653, PUF, 1976.

²⁵ MIGUEL BAJO FERNANDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial* (1978); *Los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal*, in RFDUCM, *La Reforma del Derecho Penal* (1980); *La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal*, in *Estudios Penales – Libro Homenaje al Prof. J. Anton Oneca* (1982).

²⁶ GUISEPPE LA CUTE, *Manuale di Diritto Penale del Lavoro* (1983).

²⁷ FRANCESCO GALGANO, *Criminalità económica: il punto di vista del civilista*, in RIVS, 25.º (1980), fasc. 3.º, 425-437.

²⁸ SÉRGIO VINCIGUERRA, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, I (1999).

²⁹ NICOLA MAZZACUVA, *Problema attuali di Diritto Penale Societário. La tutela penale dell'informazione societária*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 1985, 9-10.

³⁰ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Les aspects pénaux de l'information sociétaire en France*, Inf. Soc., II, 755-773.

³¹ ARROYO ZAPATERO, *El Derecho Penal Económico en la RFA*, ed. Barbero Santos (ed.): *La Reforma Penale: Delitos Sócio-Económicos* (1985).

³² MUÑOZ CONDE, *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*, en AAVV, *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo* (1995).

³³ ROCCO, *Il dolo nella falsità dei bilanci delle società commerciali*, RIV. Pen, 1941.

³⁴ TERADILLOS BASOCO, *Delitos societários: el Derecho Penal de las Sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE* (1987).

dos por cada um desses ramos de regime matricial comum, porquanto em ambos os casos os bens tutelados têm fundamento constitucional.

Em suma, aquilo que distingue o direito penal de justiça e o direito penal secundário é que o primeiro protege o desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, enquanto o segundo se relaciona com a actuação da personalidade do homem enquanto fenómeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela³⁵.

Existe assim um generalizado consenso sobre a ideia de que o núcleo do Direito penal económico está constituído por tipos delitivos orientados de um modo específico à protecção de novos bens jurídicos distintos dos tradicionais e que o direito penal das sociedades criminais está integrado neste sub-ramo do Direito penal.

IV – Da legitimação do direito penal das sociedades comerciais

Em sede de legitimidade punitiva aquilo que se discute são os critérios de utilidade ou necessidade da qualificação jurídico-penal de determinado comportamento. Esta avaliação permite não só entender as clivagens que atravessam o Direito penal no presente mas também ensaiar a reconstrução crítica de uma legitimidade ou validade jurídico-penal baseada sobretudo em critérios de justiça.

A nosso ver, como petição de princípio, tanto no direito penal clássico como no direito penal secundário, somos adeptos de uma corrente de opinião que afirma que o direito penal não se limita a proteger directa e imediatamente bens jurídicos, mas também se assume como ordenamento sancionador de comportamentos ético socialmente desvaliosos.

Na lição de Mário Ferreira Monte este direito penal secundário é caracterizado «pela sua flexibilidade na resposta a determinadas exigências, estabelecidas pela sociedade a partir de um momento determinado. Por um lado, devido à maior intervenção do Estado na resolução de problemas sociais; por outro, pela maior importância que o domínio económico começa a ter na sociedade. Esta dinâmica demonstrou desde muito cedo que o direito penal clássico, de cunho liberal, estruturado principalmente sobre a ideia da protecção subsidiária de bens jurídicos individuais não responde a determinadas ameaças, que

³⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português do futuro*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 43, 1983, 17-18.

afectam interesses novos ou com uma aparência nova, cuja repercussão supera o tradicional domínio dos bens jurídicos de natureza pessoal. Isto, que poderia ser um paradoxo, não é. Ao contrário, até explica a natureza do direito penal económico. A sua flexibilidade e a sua heterogeneidade podem contribuir para uma mais adequada luta contra a criminalidade económica, à escala supranacional, tendo em conta a sociedade actual da globalização. Este direito presta-se mais a uma certa globalização, a uma certa harmonização e até unificação, que o direito penal clássico»³⁶.

Assim, impõe-se uma primeira pergunta: quem define aquilo que é um comportamento punível?

Evidentemente que é o legislador ordinário e só ele que, dentro dos parâmetros jurídico-constitucionais, pertence ponderar e decidir a questão de saber se, para uma tutela dos bens jurídicos societários, se torna necessário punir certo comportamento. Na verdade, aceitando os desafios da contemporaneidade, a política criminal não pode afastar-se das regras do Estado de Direito e é a soberania popular que, através dos competentes órgãos estaduais, define quais são os bens socialmente relevantes que se assumem como determinantes para a convivência pacífica e ordenada da vida em comunidade e, ao reconhecê-los como valiosos, decide criminalizar as condutas que entende serem atentatórias desse mínimo de socialização.

Na realidade, a questão fulcral é outra: como escrutinar os limites a que está sujeito o legislador quando pretende prevenir determinados riscos sociais?

É patente que a lei não deve construir noções jurídicas à margem da realidade natural, nem tampouco pode introduzir elementos fictícios ou aberrantes nos factos da vida real. Numa concepção dualista do ilícito punível, é possível, numa abordagem elementar, a nível filosófico, diferenciar entre condutas cuja qualidade criminosa é independente da sua positivação ou tipificação legal – sublinha-se que não se está aqui a prescindir dos princípios da legalidade e da tipicidade –, pois atentam contra valores fundamentais da comunidade e, por isso, são compreendidas naturalmente pelos destinatários da norma (não mates, não furtos, não violos, não ofensas). Estes comportamentos delituosos são dotados de elevada censurabilidade social e de reacção pública hostil; enquanto existem outras condutas destituídas desse quadro de referência e cuja danosidade social só assume relevância penal por via de um acto de qualificação proveniente do legislador. De modo que, a par dos delitos naturais, surge agora uma categoria dogmática de acções sociais nocivas, que correspondem à necessidade

³⁶ MÁRIO FERREIRA MONTE, *Da Legitimação do Direito Penal Tributário em Particular* cit., 141.

de manter um certo estado social, ao nível da organização política, administrativa e económica. Estas necessidades são interpretadas pelo poder dirigente, mas não são vivamente sentidas pelo corpo social e inclusivamente não fazem parte do leque de aspirações e de reclamações da generalidade dos cidadãos.

O ilícito penal económico «pode ser qualificado como ilícito “artificial” ou “formal”, não por carecer de referente externo, já que ele tutela as funções mencionadas, mas porque esse referente não encontra ressonância nas estruturas valorativas do mundo da vida, anteriores à positividade jurídica, e actualizáveis na linguagem e nas representações ético-sociais dominantes»³⁷. Para serem válidos e eficazes, pela própria natureza das coisas, os comportamentos puníveis têm de ser apresentados no mundo do direito por outros factos que garantam, em situações concretas, a salvaguarda de proposições político-criminais com assento constitucional.

Por isso, Mir Puig considera que o bem jurídico se encontra fundamentado político-criminalmente na própria Constituição³⁸. Silva Dias assinala igualmente que «apesar de desligada dos recursos práticos, dos valores e normas do mundo da vida que justificam a acção, a referida necessidade social não deixa de receber enquadramento constitucional e de conferir às normas resultantes desses processos de juridificação base social e validade jurídica. Elas não traduzem, deste modo, um mero e cego acto de positividade jurídica, (...) mas representam a mobilização de recursos jurídicos, dando cumprimento a princípios e objectivos constitucionais de organização económica, previstos entre nós na Parte II da Constituição»³⁹.

As palavras de Mário Monte são simétricas e reafirmam que os bens jurídicos protegidos têm de ter expressão constitucional. Na verdade, «são verdadeiros bens jurídico-penais que vêm a ser tutelados na sua intervenção jurídico-penal secundária; por outro lado, a referência constitucional há-de ser encontrada na parte relativa à organização económica e aos direitos sociais»⁴⁰.

Isto é, a Constituição deve «constituir o quadro abstracto de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulador da actividade punitiva do Estado»⁴¹. Por

³⁷ SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*» cit., 493.

³⁸ MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como limite del ius puniendi*, EPC, XIV, 1991, 207

³⁹ SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*» cit., 521.

⁴⁰ MÁRIO FERREIRA MONTE, *Da Legitimação do Direito Penal Tributário em Particular* cit., 93-94.

⁴¹ FIGUEIREDO DIAS, *Para uma dogmática do Direito Penal Secundário, Contributo para a reforma do Direito Penal Económico e Social Português*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 116.º (1983-4) e 117.º (1984-5), fascículo 3718, 11.

norma, como já se afirmou, os bens jurídicos protegidos pelo direito penal secundário reportam-se a concretizações ligadas aos direitos sociais e à organização económica. Estes novos tipos penais no âmbito do Direito Económico têm igualmente a particularidade de restringirem o espaço de acção do cidadão, caracterizam-se pela agravação dos meios repressivos, pela antecipação das necessidades de controlo e têm o seu fundamento na organização económica e nos direitos sociais previstos constitucionalmente.

Porém, como bem nota Faria Costa, «a necessidade de encontrar um arrimo constitucional para a eleição dos bens jurídico-penais pode, ainda, vir a revelar-se uma limitação inaceitável sempre que a Constituição deixe de estar exactamente coincidente ou quase coincidente com o espírito dos tempos. O que equivale a dizer que as valorações plasmadas nos textos constitucionais são, também elas, historicamente datadas, pelo que este projecto social que uma dada comunidade visa hoje realizar pode não ser inteiramente coincidente com aquele outro projecto que há tempo ficou constitucionalmente consagrado»⁴².

Para além disto, é de ter em conta que está em revisão a visão kelseniana do ordenamento jurídico e que a vinculatividade do Direito internacional aconselha que actualmente se considere que «não há um vértice com uma norma superior; no escalão superior situam-se vários ordenamentos superiores – ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário – cuja articulação oferece inequívocas dificuldades»⁴³.

Deste modo, salvo melhor opinião, apesar da Constituição ser fundamento e limite do poder de criminalizar, no âmbito do direito penal secundário não é exigida uma absoluta identidade com o texto constitucional, a protecção apenas exige uma correspondência de valores. Em acréscimo, é assim de admitir, a título excepcional, a existência de curvas de divergência entre a Constituição e o Direito Penal, as quais podem justificar a criminalização de determinados comportamentos com base na analogia constitucional e na unidade do sistema jurídico global, mormente através da autónoma ponderação e valoração de contributos positivos oriundo do direito internacional e do direito comunitário cogente a que Portugal se mostra vinculado. Isto corresponde àquilo que Gomes Canotilho⁴⁴ apelida de aplicabilidade directa de normas de

⁴² FARIA COSTA, *Direito Penal Especial. Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial* (2004), 32.

⁴³ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª ed. (2002), 691.

⁴⁴ GOMES CANOTILHO, *Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias*, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais* (2008), 150.

direitos, liberdades e garantias e normas de exequibilidade imediata dos tratados internacionais.

Neste enquadramento lógico, o primeiro imperativo do legislador é manter um corpo de medidas repressivas que desempenhe um papel de guarda-fogo, de princípio regulador e de instrumento de segurança⁴⁵ que garanta a concretização prática da democracia económica, social e cultural dos cidadãos e dos direitos fundamentais das pessoas colectivas, quando as sanções civis ou penal-administrativas se revelam insuficientes ou ineficazes para garantir o completo respeito pelas regras estabelecidas.

O conceito material do crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal. Porém, tal como certifica Figueiredo Dias⁴⁶, «a violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção o direito penal constitui, na verdade, a ultima ratio da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária».

Traduzindo, por ser limitador dos direitos e das liberdades das pessoas, o direito penal só pode intervir nos casos em todos os meios alternativos de solução de litígios se revelem insuficientes e inadequados. A intervenção de meios não penais de controlo social deve prevalecer quando a tutela de bens jurídicos determinados é realizada de forma oportuna e conveniente. Assim o dita o princípio constitucional da proporcionalidade e o critério da necessidade da intervenção mínima do aparelho penal. Desta forma, a intervenção penal é ilegítima, mesmo no âmbito dos ilícitos inseridos no direito penal económico ou nos direitos de quarta geração, realidade fenomenológica onde prevalecem interesses preventivos, quando o bem jurídico afectado possa ser regularizado através da intervenção dos meios civis, pelas sanções de direito administrativo ou do direito corporativo ou disciplinar. Volta a ter razão Figueiredo Dias⁴⁷, ao apadrinhar a ideia que «da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamental não é legítimo deduzir sem mais a exigência de criminalização dos comportamentos que o violam. Precisamente porque não pode ser ultrapassado o inevitável entreposto constituído pelo critério da necessidade ou da carência de pena».

⁴⁵ LEÓN CONSTANTIN, *Droit Pénal des Sociétés par Actions* cit., 15.

⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal* cit., 57.

⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal* cit., 60.

V – Do bem jurídico protegido

Furtando as palavras a Faria Costa⁴⁸ o conceito de bem jurídico não pode, no actual estágio de cristalização do pensamento penal, prescindir de um conteúdo de materialidade que garanta a possibilidade de controlo crítico da actuação do legislador ordinário aquando da criminalização de um determinado comportamento. Largamente dominante tem sido o entendimento de que só na Constituição se poderia encontrar essa orientação material que funcionaria como padrão crítico da intervenção legislativa criminalizadora, impedindo o sancionamento arbitrário de condutas puramente ofensivas de uma qualquer moralidade, mesmo que dominante.

Por conseguinte, apenas aos bens com correspondência constitucional (directa ou mediata) e dotados de dignidade penal pode ser atribuída relevância para fins punitivos. Costa Andrade define a dignidade penal como «a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, perspectiva da sua criminalização e punibilidade. No plano transistemático, a dignidade penal assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de eminente dignidade penal devem gozar de protecção penal. Nesta medida e com este alcance, o conceito e o princípio de dignidade de tutela dão guarida ao princípio constitucional de proporcionalidade. Em segundo lugar, e no plano axiológico-teleológico, o juízo de dignidade penal privilegia dois referentes materiais: a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para bens jurídicos»⁴⁹.

O bem jurídico não é de fácil definição, como passaremos a ver.

Na sua obra precursora, Marcelo Foschini⁵⁰ sublinha que o direito penal societário protege o «interesse do accionista». Nicola Mazzacuva⁵¹ avança que a protecção penal radica na garantia da consistência inicial do património, que associa a um relevante interesse público. No pensamento de Bresson⁵² é atenuada a natureza pública do interesse protegido, quando salienta que o recurso

⁴⁸ FARIA COSTA, *Direito Penal Especial. Contributo cit.*, 28.

⁴⁹ MANUEL COSTA ANDRADE, *A dignidade e a carência de tutela penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 1, fasc. 2, 1992, 184.

⁵⁰ MARCELO FOSCHINBI, *Il Diritto dell'azionista all'informazione* (1959).

⁵¹ NICOLA MAZZACUVA, *Problema attuali di Diritto Penale Societario. La tutela penale dell'informazione societaria*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 1985, 9–10.

⁵² JEAN-JACQUES BRESSON, «*Inflation des lois pénales et législations ou réglementation "techniques"*», RScCrim, 2 (Abril-Junho), 1985, 241–258.

indiscriminado a sanções punitivas de matriz penal desestimula a própria iniciativa sócio-económica e altera potencialmente os riscos próprios inerentes à actividade social. Carlos Suarez Gonzalez⁵³ refere que este conjunto de normas tutela os interesses vitais da sociedade e de sócios ou de terceiros. Enrique Bacigalupo⁵⁴ pugna que, para além da transparência externa da administração social e da lealdade dos administradores face à sociedade e aos sócios, o tipo protege os direitos das minorias. Para Teradillos Basoco⁵⁵ a protecção circunscreve-se à defesa da própria sociedade mercantil como instrumento jurídico à disposição do capital. Guido Rossi assinala que «o moderno Direito Societário tem na informação societária, garantida por controlo publicístico, o seu núcleo central em torno do qual se elaboram novos institutos e a mais actual problemática»⁵⁶. Torio Lopez⁵⁷ lavrou posição no sentido que são delitos que protegem interesses patrimoniais de sujeitos de direito privado que operam no espaço económico, em áreas como a do tráfico mercantil. Patrícia Faraldo Cabana⁵⁸ considera que existem múltiplos interesses que são objecto da tutela penal, tanto de natureza individual (património individual dos detentores de participações sociais), como de matriz social (o correcto funcionamento das sociedades comerciais).

Na Alemanha a generalidade dos Autores aponta que o bem jurídico se destina a garantir o regular funcionamento do mercado e a defender a economia pública. No direito francês sobressai a intenção de proteger todos aqueles (titulares de participações sociais, credores, trabalhadores) a quem o mau funcionamento da empresa pode lesar gravemente. Em Itália, num momento inicial, a lei pretendia salvaguardar a gestão da sociedade e preservar o interesse colectivo da economia pública, sendo que, a mudança dos elementos típicos do delito de falsas comunicações sociais – principal alteração da reforma de 5 de Outubro de 2001 – deu uma «feição de lesão patrimonial a todos os delitos societários»⁵⁹. No Reino de Espanha a doutrina predominante tende a considerar que a ratio penal está indexada à defesa da integridade da ordem económica. Todavia, uma nova vaga de académicos dá especial enfoque ao correcto

⁵³ CARLOS SUAREZ GONZALEZ, *Comentarios al Código Penal* (1997), 832.

⁵⁴ ENRIQUE BACIGALUPO, *Curso de Derecho Penal Económico*, 1.ª ed. (1998), 291.

⁵⁵ TERADILLOS BASOCO, *Delitos financieros*, DJ 37-40 (1983), vol. II, 136.

⁵⁶ GUIDO ROSSI, *L'informazione societaria e l'organo di controllo*, RivS, ano 26.º (1981), fasc. 4.º-5.º, 89.

⁵⁷ TORIO LOPEZ, *Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la Reforma del Sistema Penale*, EPC, V, 1982, 112.

⁵⁸ PATRÍCIA FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* cit., 71.

⁵⁹ MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código das Sociedades Comerciais* cit., 1246.

funcionamento das sociedades comerciais, que surge como o principal factor de criminalização dos comportamentos delituosos.

Numa perspectiva genérica, a primeira abordagem sistematizada da doutrina portuguesa, ao universo do direito penal secundário, foi realizada por Beleza dos Santos⁶⁰⁻⁶¹ – ainda que fora dos quadros estruturais do direito penal económico –, que advogou que o tratamento penal da moeda falsa e do descaminho apelavam à ideia da economia nacional e do equilíbrio financeiro. Augusto Silva Dias⁶² defende que, no direito penal-económico, os bens a proteger contra os grandes riscos da sociedade industrial contemporânea são bens colectivos dotados de referente pessoal, que correspondem a novas necessidades humanas.

No estrito domínio do direito penal societário, José Pizarro Beleza⁶³ escreveu que quer «sejam públicos ou privados, penais ou extrapenais, os meios de que o Estado lança mão para tutelar um qualquer aspecto da disciplina societária (designadamente, a integridade do património social), o que sobreleva é sempre o interesse em garantir as condições de regular funcionamento das sociedades de capitais».

Germano Marques da Silva⁶⁴ afirma que nem todos os crimes afectam «interesses individuais, da sociedade, dos sócios ou de terceiros, mas criam sempre o perigo de perturbação da vida económica, pela perda da confiança comercial com esse sujeito económico que é a sociedade comercial, pilar essencial da economia moderna». Para o professor da Universidade Católica de Lisboa é a economia pública que é afectada pelo irregular funcionamento das sociedades comerciais.

Gabriela Páris Fernandes⁶⁵ identifica como bem jurídico a «função económica da empresa». No seu estudo dedicado à tutela penal da informação nas sociedades anónimas, Miguel Pedrosa Machado⁶⁶ fala da incriminação «dos

⁶⁰ BELEZA DOS SANTOS, *Crimes de moeda falsa*, RLJ 64.º, 97 ss.; 65.º, 17 ss.; 66.º, 3 ss.; 67.º, 2 ss.; 68.º, 3 (1931-1936).

⁶¹ BELEZA DOS SANTOS, *Algumas questões sobre o crime de descaminho*, RLJ 69, 97-99, 113-116, 129-131 e 145-147 (1936-1937).

⁶² AUGUSTO SILVA DIAS, *Protecção jurídico-penal de interesses dos consumidores*, 3.ª ed. (2001), 35.

⁶³ JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA, *Notas sobre o Direito penal especial das sociedades comerciais* cit., 280.

⁶⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Textos, Sociedades Comerciais*, CEJ 1994-1995, 44.

⁶⁵ GABRIELA PÁRIS FERNANDES, *O crime de distribuição ilícita de bens da sociedade*, DJ XV/2 (2001), 245-250.

⁶⁶ MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Sobre a tutela penal da informação* cit., 309.

comportamentos lesivos dos interesses públicos subjacentes ao funcionamento das sociedades».

Para Susana Aires de Sousa⁶⁷ estamos perante um bem jurídico supra-individual, comum a todas as incriminações e aquilo que «se protege não é a sociedade como instituição ou entidade, mas o correcto funcionamento da sociedade enquanto centro aglomerador de diferentes interesses económicos e enquanto instrumento capaz de intervir na economia pública. Só indirecta e mediatamente se previnem determinados interesses individuais tais como os interesses dos credores, dos sócios, dos accionistas, de terceiros e a própria economia pública. Bem jurídico cujo reflexo constitucional se pode encontrar no artigo 86.º da nossa Constituição no definir “o estatuto da empresa privada enquanto instituto da organização económica”»⁶⁸.

Como já vimos, a posição de Susana Aires de Sousa não se cruza com a de Germano Marques da Silva, pois, na óptica da primeira o entendimento do segundo «pode conduzir a uma excessiva antecipação da tutela penal uma vez que se trata de um bem jurídico demasiado vago, esventrado de materialidade e de evanescente tangibilidade, o que dificultaria o cumprimento da sua função de padrão crítico orientador e legitimador da norma incriminatória. Depois, ao afastar-se a norma do bem jurídico que lhe está subjacente, compromete-se necessariamente a sua eficácia (o que em parte poderá explicar a ineficácia das normas penais do CSC que agora se estudam)»⁶⁹.

Menezes Cordeiro⁷⁰ discorda de Susana Aires de Sousa e afirma que «o bom funcionamento das sociedades comerciais e a sua transparência não têm valor por si mesmos, mas em função da economia pública e dos diversos interesses patrimoniais ligados às sociedades em causa».

A exigência de definir o bem jurídico protegido nasce da necessidade concreta de, entre outras questões, determinar quem é o sujeito passivo do delito, pois não é indiferente, em termos de lógica punitiva, que a lei vise antecipar a tutela de protecção da ordem económica ou que, pelo contrário, requeira uma efectiva lesão concreta do património individual que funcione como pressuposto da aplicação da sanção. Com efeito, os conceitos de lesão e de perigo não tem um carácter absoluto mas sim relativo, relacional e comunicacional, dado

⁶⁷ SUSANA AIRES DE SOUSA, *Direito Penal das Sociedades Comerciais. Qual o bem jurídico?*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12, n.º 1 (Janeiro-Março 2002), 66.

⁶⁸ SUSANA AIRES DE SOUSA, *Direito Penal das Sociedades Comerciais* cit., 68-69.

⁶⁹ SUSANA AIRES DE SOUSA, *Direito Penal das Sociedades Comerciais* cit., 70.

⁷⁰ MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código das Sociedades Comerciais* cit., 1247, nota 40.

que as normas penais apenas adquirem significado em função da definição da respectiva potencialidade lesiva da conduta e quando permitam decifrar quem são os sujeitos activos e passivos abrangidos pela esfera de protecção da norma.

Apenas é possível captar correctamente o sentido de um direito penal das sociedades comerciais se se atender ao sentido da evolução dessas unidades económicas e se perscrutar o papel que lhe cabe no quadro do sistema económico onde se integram. E hoje, no actual quadro de referência político-constitucional, o direito penal económico contém o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem económica entendida esta como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia. Para nós, o delito económico é a infracção que lesiona ou põe em perigo a ordem económica entendida como regulação jurídica da intervenção estatal na economia de um país. A lápis grosso, de forma antecipada, podemos asseverar que os interesses afectados transcendem as conveniências patrimoniais individuais, atento o papel que as sociedades mercantis desempenham na economia. Com base nos elementos estruturais do facto económico que serve de fundamento à existência da norma punitiva, a lei não se limita a amparar a posição jurídica dos investidores. Também os trabalhadores, os fornecedores, os credores sociais e a própria colectividade nacional são sujeitos beneficiários do eficaz e regular funcionamento da sociedade comercial.

No direito penal secundário muitas vezes só a partir da consideração do comportamento proibido é possível identificar e recortar em definitivo o bem jurídico⁷¹, dado que, como acima se deixou expresso, por vezes, a criminalização é meramente artificial e está erigida em padrões de abstracção e de tecnicidade. Assim, se atentarmos nos artigos 509.º, 511.º, 513.º e 514.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), a intenção do legislador é garantir a integridade do capital social. Já nos artigos 510.º e 514.º é a fidelidade da actuação dos órgãos sociais que impera. Em sede do artigo 516.º o comando previne o regular funcionamento da sociedade. No artigo 519.º do mesmo diploma o eixo motriz da incriminação é a defesa da veracidade das informações sociais. Nos artigos 523.º e 526.º são protegidos outros interesses dos credores e dos sócios. Outros normativos protegem o regular funcionamento da sociedade e a sua transparência.

⁷¹ FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *O crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário português (Considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções)*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 6, fasc. 1 (Janeiro-Março 1996), 81.

Numa acepção ampla, isto é economia pública, sem margem para qualquer dúvida. Apesar das distinções pontuais detectadas no brevíssimo percurso analítico que acabamos de efectuar, o elemento teleológico permite aglutinar o denominador comum a todos os ilícitos societários em torno de uma ideia mais concreta. Efectivamente, a estrutura delitiva, a técnica de tutela ou a configuração dos tipos incriminadores permite concluir que estamos perante uma conduta pluriofensiva em que tanto se tutela a confiança dos sujeitos envolvidos na vida societária, como o regular funcionamento do mercado, ao nível dos riscos de funcionamento das sociedades comerciais.

Brevitatis causa, já foi destacado que, no último quartel do século transacto, as transformações sociais provocadas pelo avanço da sociedade pós-industrial e dos processos de globalização tiveram reflexo na redefinição do papel do Estado e na subsequente recomposição do ordenamento jurídico penal na multiplicidade das suas valências, mormente no domínio da organização, estrutura e ordem económica.

Neste particular, Silva Dias⁷² aponta que a crescente privatização e desregulação da economia conduziram a uma redução substancial das formas clássicas de intervenção directa do Estado, como a produção de bens e serviços e a prestação de assistência social, em prol da assumpção de tarefas mais abstractas e indirectas de regulação social. O Estado transforma-se num Estado regulador. Uma das tarefas coadjuvantes da regulação, que nos interessa aqui realçar, é a função preventivo-policial de supervisão e de inspecção. Ela tem em vista fundamentalmente assegurar o cumprimento de normas técnicas, juridificadas, que disciplinam certos sectores da actividade social e económica, muitos dos quais, no seu funcionamento normal, são fonte de riscos e de ameaças para a vida, a saúde e a segurança das pessoas.

Na mesma linha, Jorge Bravo⁷³ lembra que as formas tradicionais de controlo da economia pelo Estado (o intervencionismo, os instrumentos de regulação e condicionamento de actividades, as políticas de preços) têm cedido perante uma feérica expansão do liberalismo económico.

Apesar das mudanças estruturais na economia global e nacional e da própria ideologia-filosófica de suporte – neste último item a própria realidade organizativa tem tradução nas sucessivas alterações constitucionais que ocorre-

⁷² SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*» cit., 221-222.

⁷³ JORGE REIS BRAVO, *Crítérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (Elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos)*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 13.º, n.º 2 (Abril-Junho 2003), 210.

ram no domínio dos princípios estruturantes da democracia económica, social e cultural e no domínio da livre iniciativa –, todos continuamos a ter dificuldade em tomar consciência de que o Estado já não é o centro de autoridade soberana. Ele já não pode controlar os fluxos globais de riqueza: a moeda, o comércio nacional e internacional, a informação e a tecnologia. Por outro lado, a marca do individualismo e do liberalismo económico não está em condições de incarnar uma identidade colectiva neste foro. É, pois, na alçada da função da regulação económica promovida pelo Estado e no papel das sociedades comerciais, sopesadas à luz da função social do direito, que a resposta tem de ser encontrada.

Na actualidade, no espaço comunitário onde estamos integrados, o Estado assume funções prioritárias de inspecção e de supervisão no âmbito de uma função preventiva-policial. Neste campo o Estado Providência evoluiu para o papel de Estado Regulador. E é nosso entendimento que a regulamentação prudencial se deve ocupar da prevenção e da resolução das crises num esforço integrado, sem pôr em causa a globalização, a capacidade de iniciativa privada e a estrutura dos direitos fundamentais sociais, económicos e culturais. No seio do fenómeno societário, os agentes privados ficam jungidos a controlar eles próprios os riscos que assumem como decorrência imperativa do *higest practicable profit* e da própria lógica de funcionamento do mercado. Se é seguro que as sociedades comerciais são por essência entes colectivos que tem por objecto a prática lucrativa de actos de comércio, não menos verdade é que não esgotam aqui a sua actividade.

Assim, no domínio do direito penal das sociedades, a preocupação do Estado e, bem assim, a das instituições europeias⁷⁴⁻⁷⁵⁻⁷⁶, deve ser interligada com a problemática da protecção dos trabalhadores, do mercado de valores mobiliários e da defesa da concorrência, da defesa dos interesses dos sócios – especialmente das minorias –, no amparo da situação jurídica dos credores sociais e na definição das políticas fiscais e de segurança social. Este enquadramento dita que o direito penal societário deve ser integrado no âmbito de políticas de protecção da estrutura institucional da empresa, de defesa da veracidade da dimensão patrimonial contabilisticamente apurada, de optimização

⁷⁴ SILVIO RIONDATO, *L'Influenza del Diritto Comunitario sul Diritto Penale Societario (Il Caso Berlusconi e AA)*, Revista Trimestral di Diritto Penal dell'Economia, ano XVIII, n.º 1 (Janeiro-Junho 2005).

⁷⁵ TERADILLOS BASOCO, *Delitos societarios* cit..

⁷⁶ RUI PINTO DUARTE, *A relevância do Direito Comunitário no Direito das Sociedades*, in *Escritos Sobre Direito das Sociedades* (2008).

da gestão empresarial e dos respectivos reflexos ao nível dos direitos de informação e de participação plena dos accionista na vida social, de acesso regulamentado à escrituração mercantil e do conhecimento dos balanços e de outras notas elaboradas com o fim de dar conta da situação patrimonial e financeira da empresa aos sócios.

Ao contrário daquilo que é perfilhado por Germano Marques da Silva e no seu ensino oral por Paulo Sousa Mendes⁷⁷, estamos com Silva Dias quando assegura que a economia ou a ordem económica fornece apenas um quadro de referência temático dos comportamentos mas não deve ser visto como um bem jurídico-penal. Este docente da Faculdade de Direito de Lisboa entende que «o bem referente económico do comportamento danoso não é suficiente para caracterizar um ilícito específico, de modo a diferenciá-lo de outros comportamentos puníveis e mesmo de outras formas de ilícito»⁷⁸.

Este é o posicionamento assumido por Hefendehl⁷⁹ que patrocina a visão que «assim como o Estado em si não deve ser tido em conta como bem jurídico, também deve recusar-se à economia global a qualidade de bem jurídico a proteger através dos delitos económicos. Só podem ser protegidas expressões singulares («Einzelausprägungen») do tráfego económico».

Também Costa Andrade⁸⁰ sugere que a economia deve ser segmentada numa multiplicidade de bens jurídicos e que os elementos artificialmente misturados sejam identificados com recurso a técnicas hermenêuticas, recorrendo à «própria descrição da conduta incriminada».

Na verdade, os particularismos da realidade sócio-económica na sua interligação com os poderes estaduais têm de ser associados ao fenómeno da regulação jurídica das sociedades comerciais. Efectivamente, a economia pública é uma figura gigante com um conteúdo demasiado vago e impreciso para fundar a generalidade dos ilícitos jurídico-penais do Direito Penal sancionatório e não reflecte a evolução político-constitucional havida no sector dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais. Assim, a noção de economia pública não se adequa hoje a um sistema baseado na liberdade de iniciativa e numa estruturação da organização económica baseada num modelo de economia mista.

⁷⁷ II Curso de Pós-Graduação em Direito das Sociedades (*O Direito das Sociedades e a Crise de 2008/2010*), IX sessão, dia 14 de Maio de 2009.

⁷⁸ SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*» cit., 852.

⁷⁹ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter in Strafrecht* (2002), 253.

⁸⁰ COSTA ANDRADE, *A nova lei dos crimes contra a economia* (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de bem jurídico, Centro de Estudos Judiciários, *Direito Penal Económico* (1985), 94.

De harmonia com o artigo 81.º, al. e), da Constituição da República Portuguesa (CRP), ao Estado cabe assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral. O bem jurídico tem de ser colimado à luz dos artigos 61.º, 62.º e 82.º CRP e tendo como pano de fundo que «o Estado incentiva a actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas [parêntesis nosso: é aqui que situa a maioria do tráfico jurídico-económico das sociedades comerciais], e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral».

Hoje o paradigma já não é o do texto constitucional que era contemporâneo ao lançamento do Decreto-Lei n.º 184/87, de 21 de Abril, cuja redacção postulava que incumbia ao Estado «eliminar e impedir a formação de monopólios privados, através de nacionalizações, bem como reprimir os abusos do poder económico e todas as práticas lesivas do interesse geral».

Do ponto de vista semântico e da própria evolução dos modelos de organização e de decisão económica, a economia pública apela à noção de regulamentação, enquanto, no actual estado das coisas, o mercado interage com a ideia de regulação. Na definição proposta por Cabral de Moncada⁸¹, «a regulação é o controlo estatal sobre a actividade económica privada (e pública) levada a cabo por entidades dotadas de acentuado grau de independência face ao governo e visando corrigir as deficiências de mercado». E para haver regulação não é indispensável que exista uma entidade reguladora, pelo menos em sentido orgânico.

E parece-nos que, *prima facie*, salvo melhor opinião, as normas sancionatórias *sub judice* visam essencialmente corrigir as deficiências do mercado nas suas diversas valências e, bem assim, prevenir os abusos cometidos pelos dirigentes das sociedades comerciais no exercício da actividade mercantil. Desta maneira, até pela própria dimensão das valorações previstas no regime sancionatório, os comportamentos previstos, mesmo em caso de repetição anormal das condutas danosas, não tem a dignidade bastante para afectar no seu todo a economia pública.

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 184/87, de 21 de Abril, o legislador faz apelo à expressão «disposições reguladoras da boa ordem dos negócios». Nós, atendendo aos interesses específicos da economia e ao texto constitucional,

⁸¹ CABRAL DE MONCADA, *Direito económico*, 5.ª ed. (2007), 52.

entendemos que o quadro sancionatório do Direito penal societário se destina a assegurar a eficiência do mercado e da livre concorrência empresarial, no domínio do correcto funcionamento das sociedades comerciais e do cumprimento das respectivas obrigações legais.

VI – Da sinopse do regime sancionatório vigente

Os crimes previstos no Código das Sociedades Comerciais não são crimes das sociedades; alguns podiam sê-lo também, mas não foi essa a escolha política do legislador. São crimes de pessoas singulares, dos gestores, como regra, enquanto lhes cabe actuar para que a actividade da sociedade decorra em conformidade com o direito, razão da sua utilidade e legitimação⁸². Os crimes em causa punem a violação de deveres que são impostos aos agentes do crime pelo Código das Sociedades Comerciais.

A definição dos tipos de crime e a graduação das penas seguem de perto o sistema do Código Penal. Na definição dos tipos de crime serviram de modelo os correspondentes tipos comuns daquele Código ou, na falta de um género, os tipos comuns de crime, que quer sob o ponto de vista da acção e das circunstâncias da acção, quer sob o dos valores e dos interesses lesados, apresentam maiores afinidades como o comportamento considerado.

Ao mesmo passo, a graduação das penas aplicáveis pautou-se pelo catálogo das sanções que para aqueles crimes são cominadas no Código Penal. Relativamente às penas cumulativas de prisão e multa que são previstos em alguns tipos do regime sancionatório [artigos 516.º, 517.º/1 e 2, 518.º/1, 519.º/1, 3 e 4, 520.º/1 e 3, 522.º e 523.º] é de atender à disciplina prevista pelo artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que impõe que sempre que a pena de prisão for substituída por multa será aplicada uma só pena equivalente à soma da multa directamente imposta e da que resultar da substituição da prisão. Mais difícil de concretizar será a situação a que corresponde a previsão inscrita no artigo 7.º do já citado Decreto-Lei n.º 48/95.

Quando existe agravação, ela é justificada por razões de justiça e política criminal que estão relacionadas com circunstâncias específicas da vida das sociedades, tal como sucede nos artigos 509.º/2, 511.º/2, 512.º/3, 514.º/5, 518.º/3 e 519.º/4 do CSC. Nestes casos, a lei exige que o autor «pudesse prever» o dano que resultaria do seu comportamento.

⁸² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Textos, Sociedades Comerciais* cit., 40.

É de salientar que se o autor de um facto típico descrito no quadro sancionatório, antes de ser instaurado o procedimento criminal, tiver reparado integralmente os danos materiais e dado satisfação suficiente dos danos morais causados, sem outro prejuízo ilegítimo para terceiros, esses danos não serão considerados na determinação da pena aplicável, tal como estatui o artigo 527.º/4 do CSC. Trata-se de uma atenuação de pena obrigatória e automática, desde que verificados os respectivos pressupostos, salientando Menezes Cordeiro⁸³ que «é diferente do relevo concedido pelo Código Penal aos actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação dos danos causados, como motivo da atenuação especial da pena, segundo o 72.º/2, c), do CP».

Todos os crimes previstos no catálogo são de natureza pública e só são puníveis quando cometidos por dolo. De acordo com Germano Marques da Silva⁸⁴, a natureza pública evita «que a ameaça de queixa possa actuar como instrumento de coacção, nomeadamente para a realização de negócios atinentes à vida societária, ofendidos pelo crime, uma vez que ele sempre poderá vir a ser conhecido pelo Ministério Público. A natureza pública do crime evita também, em grande parte, que o processo possa ser utilizado como meio de coacção negocial sobre o agente, uma vez que, feita a denúncia, o assistente não mais a pode negociar, o processo fica nas mãos da Justiça».

Para reforço do efeito intimidatório a lei prescreve ainda a punição da tentativa relativamente a todos os ilícitos contidos no mostruário punitivo (artigo 527.º/2 do CSC). Este regime destaca-se assim do regime geral previsto no artigo 23.º/1 do CP e visa assim pressionar «os gestores para o pontual cumprimento das normas de funcionamento das sociedades»⁸⁵.

O dolo do benefício próprio, de cônjuge, parente ou afim até ao 3.º grau é considerado uma circunstância modificativa agravante. Advirta-se que o dolo referenciado no artigo 527.º/3, corresponde a dolo directo, pois o agente tem de ter a finalidade ou a intenção de obter o dito benefício.

Estes crimes são de tutela antecipada e emergem na sua globalidade através da figura dos crimes de perigo. Segundo Faria Costa⁸⁶ o perigo é uma noção normativa e relacional cuja concreta determinação se faz, interessadamente e primeira linha, enquanto pressuposto dogmático para um juízo de

⁸³ MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código das Sociedades Comerciais* cit., 1274.

⁸⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Textos, Sociedades Comerciais* cit., 45.

⁸⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Textos, Sociedades Comerciais* cit., 44.

⁸⁶ FARIA COSTA, *O perigo em Direito penal* (1992), 620.

imputação. Noção que, para além disso, se revela por meio de um juízo de dupla referência (*ex ante* e *ex post*), aperfeiçoado pela doutrina do âmbito da protecção da norma e cujo núcleo central se afirma através do cânone das regras da experiência, conquanto ligado ao referencial de haver probabilidade, jurídico-penalmente, compreendida, de um resultante desvalioso se vir a produzir.

Os crimes de perigo abstracto são a forma normal do Direito Penal moderno, em que precisamente não existe uma lesão do bem jurídico, nem este tem de ser concretamente posto em perigo, mas basta que se verifique uma acção abstractamente perigosa⁸⁷.

Como salienta Figueiredo Dias⁸⁸, referindo-se ao direito penal económico, «constitui este um campo fértil de delitos de perigo abstracto, dada a natureza supra-individual dos bens jurídicos protegidos e, por outro lado, a vontade do legislador de criar para eles um “campo de protecção antecipada”».

Tratam-se de crimes de perigo que afectam pessoas e bens colectivos e não de condutas de mera desobediência ou de perigo presumido – a propósito deste tema, é de rejeitar a errada identificação entre os crimes de perigo abstracto e delitos de desobediência.

Os delitos de perigo são verdadeiros delitos de resultado [de perigo] que se consumam com a própria situação de perigo, isto é, com a perturbação da tranquilidade no raio do bem jurídico. Atente-se que é no âmbito da imputação subjectiva dos crimes de perigo que podem surgir os maiores nódulos problemáticos dos crimes societários, especialmente no caso da tentativa, mas a magnitude e a extensão dessa tarefa impedem-nos de debater a questão no decurso do presente trabalho, dado que exigiria a exegese individual e comparativa dos elementos constitutivos de cada tipo.

Outra nota fica para a propensão que neste tipo de crimes existe para despoletar relações de concurso, aparente ou real, com outros preceitos normativos do direito penal clássico ou especial⁸⁹.

Em adenda, destaca-se que, a exemplo do direito alemão, o sistema sancionatório português é de matriz dual, pois, além de crimes, prevê a co-existência de ilícitos de mera ordenação social.

⁸⁷ WINFRIED HASSEMER, *Processo penal e direitos fundamentais*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (2004), 20.

⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Para uma dogmática do Direito penal secundário*, RLJ, n.º 3719, 49.

⁸⁹ MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Sobre a tutela penal da informação* cit., 309.

Por último, a privatização das bolsas de capitais, a pormenorizada regulamentação jurídica das operações e das actividades dos diversos agentes de mercado, a criação de uma autoridade reguladora (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários) com a missão de promover, supervisionar e fiscalizar o funcionamento do mercado teve reflexos no modelo sancionatório previsto no Título VII no Código das Sociedades Comerciais, tanto a nível directo com a criação de ilícitos de mera ordenação social como pela via da revogação de normas criminais ali previstas. Com efeito, o artigo 528.º/4 do CSC foi revogado pelo artigo 15.º/1, c), do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, que aprovou o Código dos Valores Mobiliários. Os artigos 524.º (abuso de informações) e 525.º (manipulação fraudulenta de cotações de títulos) foram revogados pelo artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril, que aprovou o CodMVM, preceitos esses que surgem agora, respectivamente, integrados nos artigos 378.º e 379.º do actual Código dos Valores Mobiliários.

VII – Que futuro para o direito penal societário?

É incontestável que, quando se criminaliza uma determinada conduta que leva à produção de dano/violação ou de perigo, se está a prevenir a própria criminalidade⁹⁰. No entanto, Figueiredo Dias⁹¹ frisa que «não faltam exemplos de bens jurídicos emergente e evanescentes, bem como de bens jurídicos secundários que, após um mais ou menos longo processo de estabilização – produto, em regra, de a uma zona social de conflito se ter substituído progressivamente uma zona social de consenso – ganham jus a passar a ser considerados bens jurídicos primários ou de justiça. Se a função do direito penal é em último termo, como se tem acentuado, a de tutelar bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na comunidade, então tudo dependerá daquilo que em cada momento se revela como fundamental a este propósito e a esta luz». Maria da Conceição Cunha também abriga a ideia que a consagração de tipo não deve afectar «a adaptabilidade do Direito penal à mutabilidade das condições sócio-culturais»⁹². Também por isso defendemos que a

⁹⁰ FARIA COSTA, *O perigo em Direito penal* cit., 575.

⁹¹ FIGUEIREDO DIAS, *O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime*, in *Temas básicos de Direito penal* (2001), 49-50.

⁹² MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da des-criminalização* (1995), 195

zona criminal do direito societário há-de acompanhar e reflectir a função e o sentido que as sociedades assumam em certo momento histórico, sob pena de denegação do próprio ideário que preside à respectiva incriminação.

O primeiro comentário dirige-se à necessidade do direito penal societário se adequar ao fenómeno da responsabilidade criminal das pessoas colectivas e entidades equiparadas que, sem prejuízo dos regimes já existentes no direito penal secundário e no ambiente dos ilícitos de mera ordenação social, foi consagrada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro. Se é certo que a responsabilidade criminal das pessoas colectivas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos sujeitos, também não é difícil projectar contextos em que qualquer sociedade comercial surja não como vítima mas antes como agente criminoso. A esta matéria já dedicamos um estudo⁹³, posto que não faremos aqui a reprodução das respectivas conclusões.

Num segundo patamar é inequívoco que o direito comercial evoluiu, transfigurou-se, modificou grande parte dos seus institutos, criou novas realidades; enquanto o direito penal societário se cristalizou e colocou em si mesmo um rótulo de perenidade. Com efeito, para além da importância de alguns diplomas complementares e do influxo comunitário associado à transposição de directrizes, as vinte e seis alterações directas no Código das Sociedades Comerciais [a última das quais foi realizada pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto] deixaram irreconhecível toda a panorâmica das sociedades mercantis.

O Código das Sociedades Comerciais multiplicou as formas de protecção dos sócios e de terceiros, introduziu novas figuras [v.g., sociedade unipessoal por quotas, obrigações com direito de subscrição de acções, obrigações com *warrants*, secretários das sociedades, revisores oficiais de contas], alterou as regras relativas à conservação e às modificações do respectivo capital social, à feitura das actas e à simplificação dos dispositivos normais de formação da vontade societária e dispensou a escritura pública para diversos actos societários que antes a ela estavam sujeitos, entre outros pontos que, por economia de tempo, optamos por não citar.

No capítulo comparatístico das sucessivas reformas, é de destacar pela sua importância e extensão a reforma promovida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, que actualizou as regras relativas ao governo das sociedades,

⁹³ JOSÉ MANUEL COSTA GALO TOMÉ DE CARVALHO, *Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas*, Revista do Ministério Público, n.º 118, ano 30, Abril-Junho 2009.

afinou as regras de fiscalização, redenominou alguns cargos e órgãos societários e ampliou os modelos de sociedades anónimas. Neste diploma, segundo Menezes Cordeiro⁹⁴, é possível alinhar dez áreas de intervenção: «(a) torna facultativas as escrituras públicas relativas às vidas das empresas; (b) elimina a obrigatoriedade da existência dos livros de escrituração mercantil; (c) facilita a dissolução das sociedades: através da “dissolução na hora” e de um novo esquema de dissolução e de liquidação administrativas; (d) modifica substancialmente o regime de cisão e de fusão de sociedades, tornando-o “muito mais simples e barato”; (e) actua no domínio da autenticação e do reconhecimento das assinaturas em documentos, permitindo-os a advogados, solicitadores, câmaras de comércio e indústria e conservatória; (f) prevê actos de registo *online*; (g) cria a certidão permanente de registo, disponível em sítio da Internet; (h) reduz e clarifica muitos dos custos da prática de actos da vida das empresas; (i) elimina as competências territoriais, no domínio dos registos; (j) suprime determinados actos no campo do registo comercial».

Com isto, pretendemos salientar que as alterações acima referidas têm, ainda que parcialmente, repercussões directas ou reflexas no âmbito do direito penal societário, por terem sido nalguns casos alteradas as regras técnico-comerciais que fundamentam a construção do tipo de ilícito.

Significa isto que a reforma deveria ter sido global com o objectivo de construir um verdadeiro «sistema» dotado de orientações de princípio e de fundamentação entre o Direito das sociedades comerciais e o Direito penal societário, em vez de se ter preferido legislar rápida e parcialmente. Com isto, tal como os destinatários da norma, o próprio legislador assume que as disposições penais e de mera ordenação social são um simples apêndice de um sistema que, do ponto de vista criminal, não funciona e é inoperativo.

Uma terceira referência para aludir que este seria o momento ideal para, em nome da historicidade do direito, repensar e hierarquizar os bens e valores que se revelassem fundamentais para garantir a coexistência social dos indivíduos e para proteger a eficiência do mercado e da livre concorrência empresarial, no domínio do correcto funcionamento das sociedades comerciais e do cumprimento das respectivas obrigações legais. Como refere Miguel Pedrosa Machado⁹⁵ é bom não esquecer que quanto mais grave for a violação da ordenação estabelecida, mais grave é o grau dessa tutela. Assim surgem medidas que

⁹⁴ MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código das Sociedades Comerciais* cit., 49.

⁹⁵ MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Sobre a tutela penal da informação* cit., 286.

vão desde a invalidade ou ineficácia dos actos praticados até à sua repressão de natureza criminal.

Impõe-se a descriminalização de alguns comportamentos porque a respectiva criminalização se revela forçada, excessiva e inútil [o legislador simplesmente transformou acriticamente algumas ilegalidades em crime]. Outrotanto, também por imperativo lógico, se poderá dizer que o legislador ficaria vinculado a criminalizar novos comportamentos, pois, desde a data da introdução do regime sancionatório penal até presente ao momento, apelando à memória da *background experience* e às novas exigências do direito comercial internacional e do próprio direito comunitário, surgiram práticas mercantis, no âmbito do direito das sociedades comerciais, que são merecedoras da chancela penal.

Voltando à questão da descriminalização, confrontada com um sistema sancionatório de concepção dual, no seu estudo Susana Aires de Sousa⁹⁶ expressa algumas dúvidas quanto à dignidade penal que o legislador atribuiu a determinadas condutas, quando ponderadas à luz da natureza fragmentária e de ultima ratio do ordenamento penal, afirmando que «o que ainda menos se compreende face à previsão de sanções administrativas no artigo 528.º, provavelmente, de eficácia bastante na prevenção de determinados interesses». Também nós não compreendemos a razão pela qual algumas contra-ordenações previstas no projecto de Código das Sociedades de 1983 foram transformadas em ilícitos criminais no império do Código das Sociedades Comerciais. Ao dizê-lo, temos em vista, designadamente, a projectada contra-ordenação que punia a falta de convocação ou de preparação de assembleias (artigo 504.º/1 e 2, do Projecto) que se metamorfoseou nos crimes de irregularidade na convocação de assembleias sociais (artigo 515.º) e de convocatória enganosa (artigo 520.º/1 e 2). Em nossa opinião, estes comportamentos delituais são dotados de um significado axiológico-normativo e de um valor preventivo idêntico aos da generalidade dos ilícitos de mera ordenação social que estão previstos no artigo 528.º CSC.

Em quarto lugar, no capítulo da *lege ferenda*, lavramos posição no sentido de que o procedimento criminal deveria passar a depender de queixa e neste caso o legislador nacional tem de antemão o apoio da recente experiência italiana. Mais, caso esta reclamada reforma avançasse, este sub-ramo do direito penal secundário poderia servir de laboratório experimental para a introdução de novos modelos de afirmação do princípio da oportunidade em sede de direito processual penal.

⁹⁶ SUSANA AIRES DE SOUSA, *Direito Penal das Sociedades Comerciais* cit., 76-77.

Para finalizar, o legislador está também vinculado a dar operacionalidade e funcionalidade justificadoras da reacção penal a um determinado comportamento delincente. Neste particular, essa perpetuidade e imutabilidade não se traduziram em eficácia ou em consciência ética de agir de outro modo.

Germano Marques da Silva⁹⁷ enfatiza que «as incriminações do Título VIII do Código das Sociedades Comerciais são quase letra morta: Nem a ameaça do processo crime parece suficiente». Este é assim um Direito de existência meramente simbólica⁹⁸, pois são delitos específicos cujas incriminações raras vezes são aplicadas e de que não há notícia na jurisprudência publicitada. Este cinturão protector⁹⁹, na feliz expressão de Claus Roxin, tem uma eficácia nula. E não se alegue que é o integral e completo respeito pelas vinculações do direito comercial que evita a aplicação efectiva das normas penais societárias. Não é o caso. Na abordagem ao seu sistema natal, cujo paralelismo é evidente com o direito pátrio, Mireille Delmas-Marty¹⁰⁰ escreve que «effet de dissuasion particulièrement eleve du droi penal dès sociétes, ou taux d'effectivité particulièrement faible? Un certain nombre d'indices ferait plutôt retenir la secon explication».

Já admitimos a criminalização de novos comportamentos. Todavia, na esteira de José Pizarro Beleza¹⁰¹, prioritariamente defendemos a urgência de «descriminalização», a qual permitiria circunscrever o direito penal aos seus justos limites, determinando assim que a protecção penal apenas fosse justificada quando dissesse «respeito a bens ou interesses com uma certa relevância social, que não possam ser suficientemente garantidos com o recurso a outro tipo de sanções».

Na verdade, existem igualmente meios tutelares cíveis e administrativos com capacidade para sancionar um conjunto de regras atinentes ao normal funcionamento das sociedades, meios esses que revelam eficácia reforçada relativamente aos mecanismos sancionatórios do direito criminal. É nesta busca da racionalidade do direito penal e na (in)adequação social das condutas que deve ser redefinido o modelo sancionatório das sociedades comerciais. Não partilhámos a ideia de que a multiplicação das infracções especiais no direito das

⁹⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Textos, Sociedades Comerciais* cit., 49.

⁹⁸ FREDERICO COSTA PINTO, *A Tutela dos Mercados de Valores Mobiliários e o Regime do Ilícito de Mera Ordenação Social, Direito dos Valores Mobiliários*, vol. I (1999), 289.

⁹⁹ CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal* (1976), 22.

¹⁰⁰ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Les aspects pénaux de l'information sociétaire en France* cit., 755-773.

¹⁰¹ JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA, *Notas sobre o Direito penal especial das sociedades comerciais* cit., 285.

sociedades, longe de ser opressiva, é pelo contrário o melhor meio de defesa das liberdades, liberdade individual, liberdade de comércio e de indústria, porque tudo o que não é estritamente proibido não pode ser impedido¹⁰². Parece-nos que o legislador se foi deixando seduzir pela ideia perniciosa, mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social¹⁰³. Estamos assim com Paulo Sousa Mendes¹⁰⁴ quando diz que a «pena criminal é a arma mais forte de quantas o legislador tem dependuradas no mostruário das sanções jurídicas. A cominação da pena criminal devia, pois, obedecer a rigorosos critérios de oportunidade e eficácia sociais: o princípio da subsidiariedade do direito penal» e criticamos também a perspectiva de que o direito penal pode servir para «quaisquer fins de engenharia social»¹⁰⁵. Os conceitos de dignidade constitucional e de carência de tutela penal não são sinónimos. Estamos crentes que, ao invés de garantir a estabilidade e a pacificação social, no domínio do direito penal das sociedades comerciais a hipertrofia do direito penal pode conduzir a uma banalização dos princípios basilares do Direito Criminal e que a artificialidade de algumas incriminações contidas no regime sancionatório é uma causa da ineficiência do accionamento dos meios tutelares de matriz penal.

Por último, referindo-se aos crimes da sociedade de risco, Hassemer acentuou que o Direito Penal «não é “ultima ratio” como os penalistas sempre disseram, mas em muitos âmbitos é “prima ratio” ou mesmo “sola ratio”. Existe uma crença difundida de que o Direito Penal é um instrumento idóneo para o domínio de grandes riscos, embora pertença à tradição deste ramo do Direito duvidar sempre dessa idoneidade. E verifica-se a supremacia de um novo paradigma: o paradigma da prevenção. Tudo é prevenção»¹⁰⁶.

Contudo, o direito penal das sociedades comerciais tem de deixar de prevenir, precisa de começar a actuar. O legislador não pode servir-se de uma pena conscientemente dissociada dos seus fins, prescindir do próprio parâmetro da necessidade e ignorar o princípio da intervenção mínima do aparelho punitivo do Estado, sob pena de subverter as condições essenciais ao desenvolvimento da personalidade humana no quadro de uma sociedade democrática e liberal.

¹⁰² A. TOUFFAIT, *Délits et sanctions dans les sociétés*, 2.^a ed. (1973), XXVII da introdução.

¹⁰³ FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal* cit., 140.

¹⁰⁴ PAULO SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena* (2007), 309.

¹⁰⁵ PAULO SOUSA MENDES, *O torto intrinsecamente culposo* cit., 310.

¹⁰⁶ WINFRIED HASSEMER, *Processo Penal e Direitos Fundamentais* cit., 22-23.