

A teoria do domínio do facto e a responsabilidade penal do dirigente empresarial no caso português

The dominion over the act theory and superior's corporate criminal liability in Portuguese's case

Marine Carrière de Miranda 

Doutoranda e Mestre em ciências jurídico-criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigadora da Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal e pelo Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suarez na Universidade Lusófona.

Resumo: O presente artigo pretende, de forma breve, elucidar as questões específicas da teoria do autor em Portugal, bem como sua aplicação para a criminalidade corporativa. O código penal português é pautado primordialmente num domínio do facto, derivado da doutrina alemã, onde a figura do instigador sai do contexto original de partícipe e configura-se mais próxima da categoria criminal de autor. Isto levanta questões de imputação que terão resultados diferenciados na solução empresarial, visto que a maioria dos crimes ocorridos ali são de omissão, os quais a teoria do domínio do facto tem dificuldade em resolver. Contudo, ainda que controversa, a lógica empregada no ordenamento português permite que haja certa aplicabilidade da teoria no contexto corporativo. Analisando questões normativas de direito, o trabalho busca utilizar teorias de argumentação jurídica e interpretação judicial, debatendo sobre o posicionamento de diferentes autores e seus confrontos relevantes para a temática. Como resultado entende-se que a teoria do domínio do facto pode ser utilizada para a criminalidade empresarial, desde que sejam feitas algumas ressalvas, em especial para os crimes omissivos.

Palavras-chave: teoria do domínio do facto; autoria; responsabilidade penal; crimes empresariais

Abstract: This present article intends, in a brief way, to elucidate specific issues of the author's theory in Portugal, as well as its application to corporate crimes. Portuguese's penal code is primarily based on dominion over the act theory, derived from the German doctrine, where instigation leaves the original context in the participant's theory and comes closer to an author's criminal category. This raises questions of imputation that will have different results in a corporate solution, since most crimes that occur there are mainly omissive ones, which the dominion over the act theory has a solving difficulty. However, although controversial, the logic used in Portuguese's legal system allows certain applicability of this theory in a corporate context. Analyzing normative issues, this paper seeks to use legal argumentation's theories and judicial interpretations, debating different authors' positions and their relevant confrontations to the theme. As result, it's understandable that the dominion over the act theory can be used to solve corporate crime issues, but some adjustments must be made, especially in omissive crimes.

Keywords: dominion over the act theory; authorship; criminal liability; corporate crimes

1. Introdução

Um dos assuntos mais emblemáticos dentro da dogmática jurídico penal é a autoria. O debate teve início no começo do século XX com as inúmeras teorias sobre autoria e participação dentro do ilícito típico, o qual pode ser cometido até por uma pluralidade de agentes, os quais preenchem figuras categóricas de forma subjetiva e objetiva, conforme sua atuação do facto criminoso.

Com a evolução da criminalidade ao longo do tempo, as teorias tradicionais tiveram de ser adaptadas para evitar que as soluções ficassem defasadas e permitissem o surgimento de lacunas na imputação. Não só, mas também para que fossem encontradas soluções mais adequadas nas “novas” formas de criminalidade, inexistentes em outros tempos.

O presente trabalho reflete, ainda que sucintamente, sobre a adequação da teoria do domínio do facto na criminalidade empresarial, com atenção especial ao caso português. As teorias de imputação de responsabilidade criminal são diversas, bem como a complexidade dos casos existentes dentro do direito penal societário. Comparando e analisando soluções de ordenamentos jurídicos diferentes, o trabalho busca encontrar uma solução coerente em Portugal que permita imputar a responsabilidade penal do dirigente mais adequadamente, de forma a evitar lacunas de punibilidade nos dias de hoje.

2. Autoria pelo domínio do facto

Existem várias teorias e classificações que buscam atribuir a responsabilidade penal na medida adequada para cada tipo de contribuição no facto. Isto quer dizer que o direito deve se prender ao facto típico concreto de forma que cada caso seja analisado pela sua individualidade¹. A realidade sempre supera a ficção.

¹ A autoria em direito penal começou a ser discutida autonomamente no início do século XX. O primeiro critério a ser explicitado pelo ordenamento é a adoção de uma teoria unitária de autor ou diferenciadora. Caso adote a teoria diferenciadora e a existência de participação para além da autoria, deve-se decidir se aplicar-se-á um conceito extensivo ou restritivo de autoria, ou seja, se a conduta de todos está no próprio tipo incriminador ou se é necessária uma norma de carácter geral para estender a punição. Por fim, deve-se estabelecer qual o critério capaz de separar autores de partícipes, como a teoria objetivo-formal, objetivo material, teoria subjetiva ou o próprio domínio do facto. Fundamentalmente para todos esses cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral, Tomo I**. 3ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2019. p. 342 e s.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal - Parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 777 e s.; PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal – Parte General**. 10ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016. p. 371 e s.; entre outros.

A imputação de responsabilidade adotada² pela maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos ocidentais é a teoria que concebe a figura central do acontecimento como a detentora do domínio do facto criminoso., Logo, considera um (ou mais) agente o verdadeiro autor daquele, podendo existir eventual participação de menor importância no facto alheio por parte dos partícipes³.

Seu principal defensor é ROXIN, o qual publicou seus estudos especialmente na obra *Täterschaft und Tatherrschaft* em 1963⁴. Entretanto vale ressaltar que por mais tentador que seja aplicá-la para todas as categorias criminais, isso não é possível visto que a mesma responde apenas à questão quando se trata de delitos de domínio, mas não delitos de dever⁵.

Nos crimes de domínio (*Herrschaftsdelikte*) é possível distinguir a autoria da participação verificando-se quem é a figura central do facto, ou seja, quem tem o domínio daquele⁶. Portanto, para que seja possível aplicar esta teoria, é preciso que os crimes em questão sejam comissivos dolosos. Assim, quando se tratar de um crime de omissão, de dever, de mão própria ou negligente⁷, a princípio não é possível utilizar-se do domínio do facto como solução para a determinação da autoria⁸. Entretanto mesmo com essas ressalvas vale ressaltar que a larga maioria dos crimes no CP são delitos de domínio, o que torna a teoria aceitável do ponto de vista lógico e dogmático.

Esse domínio pode ser manifestado de três formas. Pelo domínio da ação, onde o agente executa o facto com as próprias mãos, sendo ele o autor imediato. Ou pelo domínio da vontade do executor, na forma da autoria mediata, onde o autor é o homem-de-trás o qual instrumentaliza o homem-da-frente. Nessa hipótese ele domina a sua vontade por meio da coação, engano (o erro) ou no âmbito de um aparelho organizado de poder. Ou ainda pelo domínio funcional do facto, onde a divisão de trabalhos da coautoria permite que cada tarefa tenha sua contribuição no crime, advindo de uma decisão conjunta.

Mesmo sendo majoritária a sua aceitação e aplicação, a teoria não é isenta de críticas. Assim como as outras teorias de autoria (subjativas, objetivas, materiais e formais⁹), o domínio do facto foi formulado para responder questões de autoria e participação singulares, de pessoas físicas e individuais. Hoje em dia, quando são projetadas para os “novos” sujeitos penais, como

² Adotada é apenas uma referência para uma das teorias mais aceitas e, conseqüentemente, mais adaptável e coerente com os CPs em vigor. Afirmar que uma teoria é categoricamente utilizada numa legislação, exige que a própria o reconheça; senão valem diversas interpretações livres sobre ela.

³ A teoria do domínio do facto é fundamentada com base num conceito diferenciador e restritivo de autor.

⁴ Já em sua nona edição, atualizada, sobretudo na parte final sobre alterações recentes. Para isso cf. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 9 ed. Berlin: De Gruyter Recht, 2015.

⁵ Distingue-se assim os delitos de domínio (*Herrschaftsdelikte*) que dependem do domínio do facto, dos delitos de dever (*Pflichtdelikte*), os quais independem do domínio do facto visto que para ser caracterizado basta que haja violação do dever extrapenal subjacente à tipicidade material. Para BACIGALUPO que nessas ofensas de infração de dever, quem domina a ação não é o autor nem o coautor, uma vez que a autoria é definida pela infração do dever e não pelo domínio do facto. Cf. mais em BACIGALUPO, Enrico. **Derecho Penal – parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi. 1999, p. 496-498.

⁶ A figura central é quem comanda a execução do facto típico, o quando, como e onde. Em suma, todo o *modus operandi*.

⁷ Culposos em Portugal.

⁸ Porque ele não existe nesses casos. Entretanto até a terceira edição da obra de ROXIN sobre autoria e domínio do facto, o autor tentou defender que havia certa forma de domínio na negligência.

⁹ Ref. para nota 1.

as pessoas coletivas, todas elas apresentam dificuldades ao tentar encontrar o verdadeiro autor e quem tenha efetivamente o domínio do facto¹⁰.

2.1 Questões de autoria e participação em Portugal

Feitas as considerações iniciais, pode-se afirmar que é autor quem detém o domínio do facto de forma imediata, mediata ou funcional (em coautoria). Qualquer outra forma de contribuição que não preencha esse domínio é considerada mera participação (seja por instigação ou por cumplicidade), sendo uma colaboração de menor significância no crime.

Ao importar a teoria do autor alemão para o direito penal português¹¹, algumas modificações foram feitas. O atual CP, em seu art. 26º, entende que a instigação deve ser punida como uma forma autoria e não participação, como é o caso da cumplicidade. A doutrina nacional diverge sobre o entendimento do legislador, oscilando entre considerar a instigação como autêntica forma de autoria ou de mera participação.

Vale ressaltar que o instigador do §26 do código penal alemão (StGB) também pode receber a mesma pena que o autor, mas é considerado um instigador propriamente, e não se encontra no mesmo artigo da autoria. Essa distinção dogmática e positiva é relevante pois considera que, mesmo havendo a possibilidade de as penas serem eventualmente idênticas, as duas figuras não o são¹².

A escolha legislativa alemã apresentava uma lacuna punitiva para certos agentes criminosos os quais não se enquadravam corretamente nas hipóteses existentes. Como solução ROXIN desenvolveu, dentro do ordenamento jurídico penal alemão, o domínio da autoria mediata pela disposição de um aparelho organizado de poder. Dessa forma poderia abranger a punibilidade de agentes comumente considerados meros instigadores quando na verdade se tratava de verdadeiros autores.

Na teoria, considera-se também um autor mediato aquele que, munido de um aparato organizado de poder, proferiu uma ordem ilegal, a qual foi cumprida por um executor fungível. Para isso devem ser observadas algumas condições as quais indicam o imediatismo e uma garantia irrefutável do cumprimento da ordem¹³. Sendo assim, na prática são poucos os casos o quais podem ser enquadrados nesta natureza criminosa, onde o homem-de-trás

¹⁰ Ressalta-se ainda que existem dezenas de teorias do domínio do facto, não só a de Roxin. São muito semelhantes. Em razão da predominância e dos estudos mais aprofundados deste autor, a referência para o trabalho será a desenvolvida por ele.

¹¹ A teoria não foi criada por ROXIN, nem está plenamente pacificada na própria doutrina alemã. Entretanto, atualmente é inegável o reconhecimento da mesma nos moldes propostos pelo professor, o qual é desenvolvido neste trabalho. Para mais cf. ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. p. 60 e s.

¹² A instigação é uma categoria criminal própria, considerada uma forma de participação, mas destacada da mera cumplicidade.

¹³ Para muitos autores, a autoria mediata só é possível se houver fungibilidade do executor. É nela que reside o fundamento da certeza do cumprimento da ordem, resultando numa cadeia de eventos imediatos e certos, garantidos pelo mecanismo do aparelho organizado de poder. Discorda deste entendimento VALDÁGUA, por assumir que há uma subordinação voluntária por parte do agente mediato à decisão do agente imediato. Cf. em VALDÁGUA, Maria da Conceição. A responsabilidade do agente mediato no âmbito da criminalidade organizada. **Direito e Cidadania**, ano 6, n. 20/21, 2004. p. 75 e s.

instrumentaliza o executor imputável fungível, sendo ele também é criminalmente responsável pelo facto na forma de agente imediato¹⁴.

Tais afirmações levantaram questionamentos, em especial relativos ao princípio fundamental do direito penal da autorresponsabilidade. Um terceiro nunca pode ser imputado criminalmente no facto de outrem, o qual agiu de forma plenamente responsável¹⁵. Ou seja, a responsabilidade criminal de um agente imputável não pode passar da sua própria pessoa.

Diante desta questão, alguns doutrinadores entenderam que não poderia se tratar de uma autoria mediata por domínio de organização, de forma a haver dois agentes responsáveis pelo mesmo facto criminoso. Talvez seria mais adequado imputar ao homem-de-trás outro título, como o de coautor ou mero instigador¹⁶.

Para Figueiredo DIAS o ordenamento jurídico português encontrou uma solução que responde essas situações quando, em seu art. 26º do CP, criou a figura do “instigador-autor”. Passível da mesma pena do autor, caso houver um executor imputável, o homem-de-trás será considerado instigador, ultrapassando o dilema criado pelo princípio da responsabilidade. Porém o artigo não é muito claro, e acaba por levantar muitas dúvidas e hipóteses de interpretação diversas, as quais diferem deste conceito, chegando inclusive alguns pensadores a considerá-lo um erro do legislador originário¹⁷.

Como dito anteriormente, pela teoria do domínio do facto, instigador não é autor¹⁸. Ele não possui o domínio do facto. Pode até receber uma pena quantitativamente igual a de um autor, mas não deverá nunca ser qualitativamente a mesma. Entretanto, mesmo não estando

¹⁴ Um facto típico, cometido por um agente imputável imediato e outro agente imputável mediato. Vale lembrar que a teoria da década de 60 buscou solucionar lacunas punitivas quando houver situações muito específicas de organizações criminosas, à margem da lei, como foi o Terceiro Reich, onde um comandante ordenava um ato ilícito ao soldado, por exemplo.

¹⁵ Veja DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 908.

¹⁶ Sendo uma questão de menor relevância, sobretudo no contexto português, para mais cf. em especial JAKOBS, Günther. **Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch**, 2ª Auf. Berlin: Walter de Gruyter, 1991. p. 649 e s.; e JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil**. Berlin: Duncker und Humblot, 1996. p. 678 e s.

¹⁷ Brevemente, é notável que a figura é híbrida e deriva dos estudos de Eduardo CORREIA, onde, fundamentado na causalidade adequada e no conceito extensivo de autor, o doutrinador desenvolve a “autoria moral” para agentes que são o cérebro do facto criminoso, mas não participam da execução do mesmo. Quando o legislador decide assumidamente “adotar” a teoria do domínio do facto no código penal atual (ligada obrigatoriamente a um conceito restritivo de autor), já não é mais coerente afirmar que o instigador venha ocupar essa lacuna no rol de autoria, visto que ele não exerce nenhuma forma de domínio do facto. DIAS buscou justificar a escolha na legislação acrescentando que há um “domínio da decisão” por parte do instigador-autor, que permite uma punição mais severa do que a mera cumplicidade. Entretanto, no caso concreto, é impossível verificar o domínio da decisão como forma certa da comissão do facto ilícito, o que frustra a justificação de considerar a figura do instigador equivalente à do autor. É verdade que DIAS trabalha com um conceito restritivo de autor muito pouco restritivo quando comparado com a teoria tradicional do domínio do facto, mas ainda assim deve-se perguntar se o instigador pratica o verbo do núcleo típico. Ou seja, o instigador mata? Por mais que o instigador possa ter o domínio na decisão do agente imediato, ele não tem o domínio efetivo do facto. Os tipos penais descrevem factos e não decisões, portanto é natural que o instigador não “mate” e apenas instigue outro a matar. Por isso deve ser classificado como uma figura entre a autoria e a cumplicidade. Sobre os entendimentos divergentes na doutrina cf. SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica** 98, v. II. Coimbra, 2009. p. 1013; e VALDÁGUA, Maria da Conceição. Figura Central, aliciamento e autoria mediata. In: **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues**, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 932 e s.

¹⁸ Por exemplo, a exigência em lei da antecipação da tentativa para punição, é uma forma declarada de submeter a categoria criminal à assessoria limitada, típica da participação.

pacífica a posição dogmática da instigação no direito penal português, a figura existe e é punida como autor, conforme a legislação vigente.

Independentemente de a problemática da imputação ser a título de autoria ou instigação¹⁹, efetivamente a primeira decisão a condenar um agente pelo domínio da organização foi a do supremo tribunal alemão *Bundesgerichtshof* (BGH) em 26 de julho de 1994²⁰, a qual decidiu sobre o caso dos atiradores do muro de Berlim na antiga República Democrática Alemã. Entretanto a decisão também considerou ser possível condenar, nos mesmos moldes, os dirigentes empresariais. E é aqui que o estudo se une ao ramo do direito penal económico.

3. Responsabilidades no Direito Penal Económico

Com a globalização e a expansão das economias encontramos cada vez mais empresas, pessoas coletivas multinacionais. Estão espalhadas por vários países e sob diferentes legislações, da mesma forma que empregam muitas pessoas, estão integradas no mercado mobiliário financeiro e influenciando os setores sociais e económicos em grande escala. Sendo assim, verifica-se que o seu potencial danoso é muito amplo, pois já não se trata mais de pequenas empresas ou empresas familiares de atuação local, onde era possível aplicar-se uma teoria tradicional da infração sem grandes dificuldades. Atualmente, como os riscos são ampliados, é preciso haver uma resposta do direito e do direito penal²¹.

No cenário comercial das grandes empresas, é demasiado complicado conseguir imputar um facto individualmente a uma pessoa responsável, porque a própria estrutura complexa, hierarquizada e sedimentada em diversos setores dificulta a identificação da origem da decisão criminosa. Muitas vezes ela vem de um conselho diretor ou de uma reunião, em que as decisões são descentralizadas e serão executadas de forma dissociada²². Portanto é preciso que a teoria da infração penal se adapte para evitar lacunas punitivas na criminalidade económica²³.

De acordo com a legislação jurídico-penal portuguesa as pessoas coletivas podem ser consideradas autoras de um crime. Mesmo com a existência de obstáculos como a falta de capacidade de ação e culpa na imputação subjetiva e objetiva dos entes coletivos como agentes

¹⁹ Isto levanta outras problemáticas como o início da tentativa, criminalidade negligente, entre outros que não afetam o pensamento do artigo de forma essencial

²⁰ Acórdão de recurso do BGHSt de 26 de julho de 1994, *Tötung an DDR-Grenze in mittelbarer Täterschaft*, publicado na NJW de 1994, Heft 41, p. 2703 e s. Caso estudado detalhadamente em SERRA, Teresa. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 5, 1995. p. 303-328.

²¹ Dentre muitos, cf. COSTA, José de Faria. O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 34, 2001. p. 9-25.

²² A “irresponsabilidade organizada” de SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, v. 2, 1988. p. 533.

²³ Entenda aqui pela criminalidade de empresa (*Unternehmenskriminalität*) ou desde a empresa como explica MOURA, Bruno. Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual. *Revista CEPPG*, n. 25, v. 2, 2011, p. 61, nota 19. Também em SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de ...*, p. 529 e s. Ou seja, os delitos que atingem bens jurídicos de terceiros, para além dos bens jurídicos da própria empresa (conhecida por criminalidade dentro da empresa).

criminais, existem modelos diferenciados da imputação singular que permitem chegar à máxima *societas delinquere potest*²⁴.

Porém deve-se separar a responsabilidade penal da pessoa coletiva da responsabilidade individual de seus dirigentes. E tendo em vista o que se é constantemente julgado pelos tribunais ao redor do mundo, parece haver certa confusão na separação das figuras quando se aplica a lei.

3.1 Responsabilidade penal dos dirigentes

Uma das problemáticas na criminalidade desde a empresa é relativa à responsabilidade penal dos dirigentes²⁵. Por óbvio pode-se imputar qualquer uma das figuras de autoria ao administrador, seja imediata, mediata ou coautoria, bem como participação por instigação ou cumplicidade. Tudo dependerá do caso concreto.

Quando um crime envolve uma pessoa coletiva, de natureza pública ou privada, a tendência de imputação da responsabilidade pelo facto típico é verticalizada para cima, ou seja, para os órgãos de direção. Isso acontece não só legalmente nos Tribunais, mas também surge como um efeito na sociedade, a qual cada vez mais exige um dever se cuidado sobre a atividade empresarial²⁶.

Ao incumbir a responsabilidade para cima, supõe-se que os administradores têm o domínio do facto de toda organização do negócio, como as questões fiscais, trabalhistas, ambientais, de consumo, de mercado de ações, entre outras. Em se tratando de uma pessoa coletiva que foge dos moldes familiares, isto é, de natureza organizacional hiper complexa, setorizada, com diferentes departamentos categorizados, onde são contratados técnicos que tem conhecimentos específicos²⁷, é utopista supor que o dirigente tenha controlo de todos os riscos. Assim, por mais que haja uma hierarquia estruturada, o domínio do facto é incerto e diluído entre os funcionários.

Mesmo quando é possível se estabelecer um vínculo de responsabilidade penal face ao dirigente, há falta de precisão típica para emoldurar esses crimes, o que resulta na imputação de crimes comuns como a burla, o abuso de confiança, a insolvência criminal etc. Somente com

²⁴ Além do próprio art. 11º, n. 2 do CP, cf. também DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reformado direito penal económico e social português. **Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência**, n.º 3714 a 3720, 1984, p. 35 e s.; e TORRÃO, Fernando. **Societas Delinquere Potest? – Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”**. Coimbra: Almedina, 2010. E ainda BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do código penal. In: **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**, v. III. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 462. Na Alemanha o debate a respeito da possível responsabilidade penal das pessoas coletivas ainda existe, sobretudo no nível dogmático em relação à possível existência de culpa do ente fictício. Para uma abordagem atual sobre o tema cf. GRECO, Luis. **As razões do direito penal – quatro estudos**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 53-82.

²⁵ Entendam por dirigentes pessoas que ocupam cargos de poder, chefia, administradores, CEOs, que constituem a formação e o quadro diretor da pessoa coletiva. Não só os donos, mas os representante e pessoas que ocupam cargos também.

²⁶ Atualmente a mídia encarregada pela divulgação das informações do mundo corporativo. A comunidade se reitera das apreciações publicadas e exige uma responsabilização dos dirigentes, não aceitando apenas a mera atribuição dos encargos aos subordinados. Cf. também SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal em el marco de la empresa – dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 55, 2002. p. 10 e s.

²⁷ Os quais o dirigente não possui ou tem, mas de forma mais limitada, por isso contratou aqueles subordinados.

a entrada em vigor do Decreto-Lei n. 184/87, de 21 de abril, o direito penal das sociedades ganhou sua devida moldura, sobretudo diante da necessidade de tutela as sociedades comerciais. Contudo, ainda assim, existe efetivamente falta de aprofundamento doutrinário e atualizações legislativas que permitam uma maior compreensão da complexa imputação de responsabilidade, conforme ensinam os casos já julgados pelos Tribunais nacionais²⁸.

Conforme o art. 12º do CP, os dirigentes são punidos se agirem em nome da pessoa coletiva em atuações voluntárias por parte do agente (ação ou omissão), evitando assim uma mera responsabilidade objetiva da simples representação desta²⁹. Porém, conforme as situações elencadas anteriormente, devido à complexidade estrutural das pessoas coletivas, o texto da lei não é suficiente e ainda existe imensa dificuldade em se punir a pessoa física³⁰.

3.2 Problemas com o domínio do facto

Para além da dificuldade prática em se verificar a responsabilidade coletiva ou individual, a questão dogmática relativa à aplicação da teoria escolhida pelo CP português não resolve todos os problemas de uma autoria na empresa de forma instantânea, pois a complexidade da própria estrutura empresarial dificulta a imputação adequada de uma teoria tradicional. Verifica-se isso especialmente nos casos de cumprimento de ordem por parte de um subordinado e nos crimes omissivos.

Primeiramente vale ressaltar que o administrador pode responder a qualquer título de autoria ou participação, conforme o caso concreto demandar³¹. A dogmática exige que uma série de perguntas sejam respondidas antes de se imputar a responsabilidade. Inicialmente deve-se pensar se há efetivamente um dever de garante por parte do dirigente³², e caso houver, se ele será suficiente para configurar um domínio do facto. Havendo este domínio, qual categoria criminal será a mais adequada para o administrador. Mesmo num crime comissivo, aplicando-se a teoria do domínio do facto dentro do contexto empresarial, a lei não deixa claro qual será a categoria criminal a ser preenchida pelo superior que deu a ordem nem pelo funcionário subordinado o qual cumpriu a determinação. Retomar-se-á.

No contexto alemão, a questão da subordinação foi levantada pelo BGH no julgamento dos atiradores do muro de Berlim. No final do texto decisório, a corte afirmou ser possível aplicar a teoria da autoria mediata em aparelhos organizados de poder do domínio do facto

²⁸ A falta de criação de tipos específicos para essa criminalidade, e consequentemente punições proporcionais, implicam em grandes lacunas legislativas até hoje. A expansão para um direito penal econômico foi malfeita, assim como sua aplicação vem sendo tratada. Da mesma forma, forçar que o direito penal tradicional responda as questões levantadas neste ramo é irrealista.

²⁹ Para mais cf. MATTA, Paulo Saragoça da. **O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das instituições**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Destaque para a entrada em vigor da lei n. 59/2007, de 4 de setembro, onde a atuação da pessoa individual deve ocorrer em nome e no interesse coletivo da própria empresa.

³⁰ Um dos grandes problemas reside na prova de responsabilidade subjetiva, sobretudo porque a maioria dos crimes cometidos desde a empresa são de natureza omissiva. Talvez fosse necessário a criação elencada das responsabilidades geradas pelo dever de garante exigido de um dirigente em cada função exercida, ainda que existam muitos problemas em se desenvolver um rol taxativo neste sentido.

³¹ Autor imediato, mediato, coautor, instigador e cúmplice.

³² Baseados em lei e em critérios subjetivos, não meramente objetivos.

também no contexto da criminalidade empresarial. Desta forma, aqueles que emitirem ordens ilegais para seus subordinados dentro de qualquer estrutura hierarquizada não seriam mais considerados meros instigadores, mas sim autores mediatos (autor atrás de autor)³³.

A decisão é relevante para a dogmática penal, pois afirma que empresas são aparelhos organizados de poder passíveis de aplicação de uma autoria mediata pelo domínio da vontade, o que não parece ser plenamente aceitável. Nos requisitos desenvolvidos por ROXIN para o uso desta teoria³⁴, deve-se cumprir algumas exigências fundamentais, como ser uma estrutura fortemente hierarquizada com poder de mando; ter a fungibilidade e disposição elevada de executores para que seja configurado o imediatismo da responsabilidade de autoria mediata dentro de uma organização criminosa³⁵; e ainda que a organização funcione à margem da lei. Uma empresa, geralmente, atua dentro da legalidade e nem sempre possui uma infinidade de colaboradores, formatados a cumprir ordens impreterivelmente, não preenchendo estes requisitos portanto³⁶.

É bem verdade, como dito anteriormente, que existem diversas adaptações da teoria do domínio do facto. Algumas têm mais facilidade em conceber a ideia de uma empresa configurar os elementos necessários de um aparelho organizado de poder, e, conseqüentemente, de uma imputação da autoria mediata por parte de seus dirigentes. ROXIN e AMBOS (assim tantos outros) citam inúmeras variações dentro dos conceitos básicos da teoria, sendo a de ROXIN a posição dominante³⁷. Mas como destaca AMBOS, em geral a doutrina tende a rechaçar a ampliação do domínio organizacional para a criminalidade não estatal³⁸.

³³ A maioria da doutrina alemã concorda com o proposto por ROXIN onde haveria autoria mediata quando o homem-de-trás estiver munido de um aparelho organizado de poder. Mas a discussão não é pacífica para a solução destes casos, entendendo se tratar também de coautoria ou mera instigação. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa...**, p. 19-20. E veja-se também a crítica brilhante num sentido doutrinário inovador onto-antropológico MOURA, Bruno de Oliveira. **A conduta prévia e a culpa na comparticipação**. Lisboa: Âncora, 2022, afirmando que os casos julgados como autoria mediata no muro de Berlim ou mesmo o julgamento de Eichmann em 1961 estão equivocados; deveriam ser mantidos como instigadores. De forma muito resumida, a ideia central caminha no sentido de se abraçar a máxima onde caso o homem-da-frente agir com culpa, será imputado ao homem-de-trás a instigação, e caso não tiver culpa, será autoria mediata. Assim, o *concursum delinquentium* condiz com o *concursum delictorum*. Já não é mais o princípio da responsabilidade que difere a instigação da autoria mediata, mas sim o princípio da autonomia ou autodeterminação.

³⁴ Ainda que afirme se tratar de um conceito aberto e em constante evolução. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 122; e IDEM. §25. *In Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar*, p. 24-25.

³⁵ É possível verificar-se esses e outros requisitos em instituições como um exército numa ditadura, uma polícia política como a Gestapo, nas máfias Sicilianas ou Yakusa, bem como em algumas organizações terroristas. São entidades que funcionam à margem da lei, que se enquadram na teoria do domínio do facto por existir a fungibilidade no executor da conduta criminosa. Dessa forma, o homem-da-frente poderá sempre ser substituído, garantindo que a ordem dada pelo homem-de-trás seja sempre cumprida. Esse automatismo implica na terceira forma de autoria mediata onde o criminoso de secretária domina a vontade do executor, que age de forma plenamente culpável, porque também agiu com dolo.

³⁶ No mesmo sentido AMBOS, Kai. **Domínio do facto pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. Uma valoração crítica e ulteriores contribuições**. Revista Brasileira de Ciência Criminal, n. 37, 2002. p. 65.

³⁷ Afirmando por tantos, inclusive AMBOS, Kai. **Domínio do facto pelo domínio da vontade...** p. 47. Vale ressaltar ainda que o domínio do facto e o domínio da organização são coisas distintas. A falta de liberdade do executor não implica num domínio da organização. Além de ser necessário se provar crime em concreto que o superior detinha o domínio do facto, de acordo com a teoria do autor alemão, o domínio da organização implica num modo de funcionamento específico, em que a máquina institucional está ao dispor de seu superior para cumprir automaticamente qualquer ordem emitida, legal ou ilegal. Ela é verticalmente estruturada, dissociada do direito e têm fungibilidade na execução, onde o homem-da-frente tem sua vontade dominada pelo homem-de-trás, o que justifica uma autoria mediata e não uma mera instigação ou uma coautoria. Na análise posterior de AMBOS, a autoria mediata termina no ponto em que faltar o pressuposto de um domínio por organização. IBIDEM, p. 56.

³⁸ AMBOS, Kai. **Domínio do facto pelo domínio da vontade...** p. 66.

Neste sentido, se considerar as condições para aplicação de um domínio organizacional para a criminalidade empresarial, não se consegue afirmar que sejam instituições à margem da lei ou ainda que possuam fungibilidade na execução. Portanto, não ficam caracterizadas as conjunturas para uma autoria mediata (domínio da vontade) por parte dos dirigentes. Esta interpretação jurisprudencial alemã considerou as empresas do mesmo modo que as organizações criminosas para suprirem a lacuna penal legislativa referente a imputação dos dirigentes³⁹. Inclusive, como afirma ROXIN, é preciso de uma nova teoria para esta criminalidade⁴⁰.

Não se tratando das mesmas instituições, e não sendo possível aplicar a autoria mediata, a hipótese da instigação parece ser a solução mais lógica, sem grandes preocupações⁴¹. Todavia, o problema no caso português é a frequente falta de punibilidade na tentativa de instigação, a qual só será punida caso seja previsto pelo tipo crime específico que antecipou a execução⁴². Esta lacuna influencia as decisões dos Tribunais que, em casos claros de instigação, tendem a classificá-los como autoria mediata para haver punição na forma tentada do crime⁴³.

Diante disso, retomando o que foi dito anteriormente sobre um crime comissivo, considerando um dever de garante, se o dirigente ordenar que um subalterno cumpra uma ordem ilegal, aparentemente estará abrangido pela figura de instigador (art. 26º do CP português), o qual determinou dolosamente outrem à prática de um crime⁴⁴. É evidente que tudo dependerá da culpa do trabalhador o qual executou a ordem⁴⁵.

³⁹ Até hoje na Alemanha os entes coletivos não têm culpabilidade, por tanto não reconhecem a responsabilidade da pessoa coletiva, apenas de seus dirigentes. Cf. GRECO, Luis. **As razões do direito penal**. p. 53 e s. Recentemente o interesse para mudar essa possibilidade vem aumentando, sobretudo após escândalos envolvendo empresas multinacionais, evitando que haja um sentimento de impunidade pela jurisdição alemã.

⁴⁰ O qual também nega a aplicação da teoria na criminalidade empresarial. Cf. em ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista Panóptica**, Law E-Journal. 2009. p. 89 e s. e 94.

⁴¹ Pelo próprio conceito de instigação: determinar outra à prática de um crime.

⁴² A instigação não é punida na sua forma tentada. Portanto para ser passível de punição nesses casos, é preciso que o CP antecipe a execução no próprio tipo-crime, como é o caso do “suborno”. O legislador deve fazer esta opção quando entender que se deve punir a tentativa de instigação. Como afirma Sousa, é uma escolha do legislador não punir a mera instigação nesses casos como regra geral, cf. SOUSA, Susana Aires de. “Contratado” para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2016)». **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v. 27, n. 1, 2017, p. 203.

⁴³ Conforme o art. 26º do CP, o início da tentativa na instigação se dá com o início da execução. Já o início da tentativa na autoria mediata é com o perigo eminente do bem jurídico. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 827. Veja-se em especial a errônea fundamentação do Acórdão do STJ processo 07P3867, de 16/10/2008; cf. também BRANDÃO, Nuno. Pacto para matar: autoria e início da execução. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v. 18, n. 4, 2008, p. 531-605; assim como a análise SOUSA, Susana Aires de. “**Contratado para matar...**”, p. 219-220. Interessante ressaltar também que no caso do antigo aliciamento (situações de ajuste para matar) o CP de 1886 considerava o contratante como autor moral do crime. Já no CP atual o legislador optou por retirar tanto a o autor moral quanto a tipificação do aliciamento. Portanto abriu a hipótese de interpretação seguida por este artigo, o qual opta por entender que nos casos de pacto para matar o mandante é instigador. E como elencado anteriormente, a instigação é uma figura compreendida entra a autoria e a participação. Sobre essa ideia cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 903; e para a análise histórica do autor moral cf. SOUSA, Susana Aires de. “**Contratado para matar...**”, p. 207 e s.

⁴⁴ Pode-se considerar também como um instigador-autor. DIAS é o principal defensor da instigação como autoria. Mas não é certo para este trabalho que haja a necessidade de considerar o dirigente como autor nessas hipóteses com culpabilidade do executor. Veja-se mais em DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 930 e s.

⁴⁵ Isto é, se o trabalhador agiu em erro, o mandante será autor mediato e o autor imediato não passa de um mero instrumento sem culpabilidade. Já se houver dolo da parte do executor ele responderá como autor imediato e o mandante por instigação.

Além da discordância doutrinária de cada ordenamento quanto a classificação punitiva do dirigente, a verdade é que ela acaba por não ser tão relevante pois a solução prática será equivalente⁴⁶, há outro problema na aplicação da teoria do domínio do facto neste tipo de criminalidade. Existe outro problema mais grave na aplicação da teoria do domínio do facto neste tipo de criminalidade. Isso porque a maioria dos crimes cometidos pelos administradores e pelas pessoas coletivas são de natureza omissiva imprópria, ou seja, não há ação de um autor como nos crimes comissivos. Portanto, como o próprio ROXIN sinaliza, não é possível se aplicar esta teoria para crimes onde não existe um domínio do facto típico em sua estrutura⁴⁷.

Em grande parte das situações não houve ordem do administrador ou uma resolução que pudesse vincular o agente diretamente ao facto. Uma simples ingerência acabou por resultar num produto com defeito, por exemplo, com foi o caso das pílulas anticoncepcionais sem princípio ativo⁴⁸; ou então uma falha de comunicação sobre uma medida de descarte gerou um crime ambiental, entre outros crimes possíveis.

Assim é necessária a discussão não só do tipo de responsabilidade penal por estes casos, como deve-se também analisar se o dirigente pode ser atingido, diante de um dever de vigilância do qual lhe incumbe (ou não). De qualquer forma, no ordenamento jurídico português ainda não há um crime específico para estes casos de responsabilidade omissiva, como constata SOUSA⁴⁹.

3.2.1 Soluções alternativas de imputação

Perante as falhas das teorias tradicionais de autoria do início do século XX, assim como da própria teoria do domínio do facto, algumas proposições surgiram dentro do direito penal, como forma de se evitar uma imputação genérica dentro da empresa, pela mera responsabilização objetiva daquele que ocupar um cargo gerencial.

A evolução das relações sociais hiper complexas de uma desgastada sociedade de risco em expansão obriga o direito penal a trabalhar com este tal risco⁵⁰. Diante desta insegurança e imprevisibilidade, a crise no controlo é reconhecida como uma fragilidade da teoria do domínio do facto por ROXIN (a qual só poderia ser aplicada para crimes de domínio), o qual desenvolve

Em outras palavras, se num crime comissivo um funcionário age com dolo, cumprindo ordens de seu superior hierárquico, este será considerado instigador em Portugal. Mas se for uma empresa de pequeno porte, o único sócio poderá, por exemplo, ser o verdadeiro dono do domínio do facto, e, portanto, coautor (em caso de decisão conjunta horizontal) ou até autor mediato (caso o subalterno esteja coagido, em erro ou engano). Já no caso alemão, as hipóteses são semelhantes (exceto pela instigação onde não se presume domínio pelo instigador) e ainda poderá ser autor mediato se for configurado um domínio por organização.

⁴⁶ Resumindo, considerar autoria mediata ou instigação para solucionar o problema do início da tentativa; e se considerar instigação-autoria ou instigação-participação, ambas significam “determinar outra pessoa à prática do facto”. Análise em SOUSA, Susana Aires de. **“Contratado” para matar...**, p. 213 e 216.

⁴⁷ ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. p. 458 e s.

⁴⁸ O caso ocorreu em 1998 com o laboratório farmacêutico Schering no Brasil e foi noticiado em diversos jornais.

⁴⁹ Cf. mais em SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica** 98, v. II. Coimbra, 2009. p. 1005-1037.

⁵⁰ Cf. a ideia desenvolvida por TORRÃO, Fernando. **Societas Delinquere Potest?...** p. 125 e s.

a categoria de delitos de infração de dever⁵¹. Nestes casos, a autoria deve ser definida por outro critério: a violação de um dever extrapenal do tipo crime. Já a participação reside naquele que intervém no facto, mas não é o titular do dever.

A partir desta concepção alguns doutrinadores entenderam que quando se tratar da criminalidade desde a empresa, as múltiplas conexões internas não permitem imputar um facto de forma jurídico-penal ao sujeito verdadeiramente competente. Isto é, dentro de uma companhia multinacional, setORIZADA e com inúmeros responsáveis por cada setor, é difícil conseguir estabelecer um nexo causal direto como ocorre num crime comum. Não havendo um domínio claro e evidente do facto, a responsabilidade recai sobre o dever de garante dos administradores, seja geral, seja do departamento responsável⁵².

Neste sentido é a proposta por JAKOBS relativa à infração de dever. De forma simplista, ao analisar a teoria do domínio do facto, o doutrinador entendeu que existem duas categorias de delitos: os de responsabilidade pela própria organização (competência organizacional) e os de responsabilidade pelo descumprimento de deveres especiais (competência institucional)⁵³.

Nos crimes de domínio (competência organizacional) a autoria é definida pelo *quantum* da intervenção, ou seja, quanto maior a contribuição no facto típico concreto, mais facilmente será considerado autor do mesmo. Por exemplo, quando X fornece uma arma para Y matar Z, X será cúmplice material e Y será autor. Ou no caso empresarial, quando A disser para B que ele pode despejar o lixo tóxico fora do local indicado, A será cúmplice e B será o autor.

Já nos delitos de dever (competência institucional) a distinção das figuras não é quantitativa, isto é, não depende do *quantum* da intervenção. Portanto será autor aquele sobre o qual recair um dever especial, determinado pelo tipo garantidor. Utilizando os mesmos exemplos anteriores, se X for pai de Z, ao fornecer a arma para Y ele também será considerado autor da morte de seu filho. Isso porque nesses casos a autoria independe da quantidade de intervenção, basta a mera violação do dever especial⁵⁴. Já no segundo caso, se A for o superior de B, ao dar a autorização do despejo, assume para si uma responsabilidade maior, visto seu dever especial de garantidor dentro da companhia, assumindo igualmente uma coautoria com B.

Para JAKOBS todos os delitos são de dever, mesmo os de domínio. Há uma normatização desse domínio, onde reside a diferença fundamental das duas categorias (organização e institucional). O dever organizacional é de carácter geral e comum; já o dever institucional é específico, criado por instituições como o Estado, a família ou mesmo uma empresa⁵⁵. Por isso este modelo também parece fornecer respostas mais adequadas aos crimes omissivos

⁵¹ Como já explicado na nota 5.

⁵² Tudo dependerá da própria composição da pessoa coletiva.

⁵³ Esta distinção fundamenta todo o seu capítulo sobre a autoria em direito penal. Cf. JAKOBS, Günther. **Strafrecht Allgemeiner Teil...** p. 593 e s.

⁵⁴ Sobre a autoria nos crimes específicos de deveres especiais cf. IBIDEM, p. 598 e s. e 655-656.

⁵⁵ Os discorrer sobre os deveres especiais nos crimes de omissão, o autor refere-se ao Estado a família como responsabilidade institucional. IBIDEM, p. 820 e s.

impróprios que o domínio do facto, já que a imputação de responsabilidade está vinculada ao dever de garante do administrador.

Entretanto, as teorias de JAKOBS e ROXIN não são tão diferentes assim, recaindo no uso de terminologias distintas para dizer a mesma coisa⁵⁶. Ao afirmar que tudo é dominável pelo homem, JAKOBS exige que todos os envolvidos no mesmo crime são capazes de dominá-lo, o que nem sempre é verdade, sobretudo numa empresa de grande porte setorizada. Os diferentes graus de contribuição resultam em diferentes formas de domínios no delito, caracterizadas por competências de autor ou de partícipe. Não se pode assumir que haja um domínio global da situação para todos os intervenientes.

Ou teoria relevante é a da totalidade (*Ganzheitstheorie*) de SCHMIDHÄUSER, a qual utiliza como método para determinar a autoria a própria expansão da imputação objetiva. Desta forma, com base num conceito empírico, o caso prático deve ser visto como um todo, onde quem preencher os requisitos de autor será considerado o próprio, e aqueles agentes que preencherem os requisitos de participantes serão instigadores ou cúmplices⁵⁷. Portanto quando as figuras não forem óbvias, devido aos acontecimentos virtuosos de um facto típico em concreto, deve-se levar em conta especificamente aquele facto como um todo e determinar, a partir daí, quais ações ou omissões são características de autoria e quais são de participação⁵⁸. O problema e crítica desta concepção está na limitação e na subjetividade associada ao critério separador, o qual insere a punibilidade penal num âmbito de incertezas, o que é inaceitável nas ciências criminais⁵⁹.

Por sua vez, SANCHEZ defende a teoria da competência. Deve haver um domínio normativo entendido como um domínio do facto por competência e não por mera determinação objetiva-causal do facto. Isso quer dizer que é irrelevante o domínio psicofísico dos processos causais criminais. O que é relevante é a incumbência do facto de acordo com imputação.

Noutras palavras, a ideia de domínio ou controlo não interessa, pois dentro de uma empresa complexa, o facto típico geralmente se concretiza longe do emanador da ordem. Isto impede a aferição de qualquer domínio por parte do homem-de-trás. Portanto devem-se analisar as competências para poder se atribuir as responsabilidades⁶⁰.

Já na teoria da pertinência do facto, de PUIG, o doutrinador critica a dependência da teoria do domínio do facto a qual necessita que haja uma imputação objetiva e subjetiva no resultado, criando um vínculo de causalidade. Porém para PUIG não é clara a distinção de autoria e

⁵⁶ Ambos utilizam uma figura central do delito para distinguir a autoria da participação nos crimes de domínio (ou dever organizacional).

⁵⁷ Como explica ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**, p. 678 e s.

⁵⁸ BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Bogotá: Temis, 1996. p. 184. No caso da omissão, o *intraenus* será punido por sua inação, ou seja, por nada ter feito para impedir a ação do *extraneus* nos crimes de responsabilidade onde houver seu dever de garante associado.

⁵⁹ É quase possível associar as mesmas críticas desenvolvidas para uma teoria subjetiva de autoria, ainda amplamente aplicada pelos tribunais alemães em dualidade com o domínio do facto.

⁶⁰ Veja-se mais em SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, 2012. p. 49-51.

participação dentro desta lógica causal, portanto entende que só serão autores aqueles que deram causa ao facto típico com pertinência, seja de forma individual ou compartilhada. Assim o crime pertencerá a quem reunir as condições pessoais do tipo, sendo estes os protagonistas do mesmo⁶¹.

A maioria das interpretações resultante das variantes da teoria do domínio do facto, não conseguem ser tão distantes da sustentada por ROXIN. Continuam a defender uma figura central do acontecimento, mas no caso da de PUIG com uma vertente mais normativa.

Existem outras teorias com menor adesão doutrinária⁶². Contudo parte da doutrina não desistiu da teoria do domínio do facto de ROXIN e entendeu que é possível adaptá-la para o contexto empresarial, sendo feitas algumas alterações, na proposta do conceito aberto desenvolvido pelo próprio autor.

3.2.2 Soluções a partir da teoria do domínio do facto

De acordo com as respostas dadas anteriormente pela teoria do domínio do facto, nos crimes de ação dentro da organização empresarial, quando um subordinado executa dolosamente um crime a mando de seu superior, ou seja, quando ele cumpre uma ordem, o dirigente ou homem-de-trás pode ser considerado: autor mediato, coautor ou instigador. Cada ordenamento jurídico utiliza a teoria da forma mais adequada aos seus tipos penais.

Após a decisão do BGH na Alemanha, apresentada anteriormente, onde as empresas foram consideradas aparelhos organizados de poder, é comum que os dirigentes sejam punidos a título de autores mediatos ou coautores⁶³. Já em Portugal, os Tribunais e doutrinas dividem-se principalmente em instigador-autor e autoria mediata. Evidentemente que essa decisão dependerá da culpa do executor.

Para aqueles que seguem o entendimento roxiniano, o qual acrescentou uma terceira forma de autoria mediata onde o instrumento atua dolosamente, a empresa pode ser um aparelho organizado de poder. Ou seja, consideram que existe uma estrutura rigidamente hierarquizada, com uma linha de comando clara, que atua fora da ordem jurídica e que há fungibilidade e disponibilidade do executor para a prática criminosa⁶⁴. Assim o tal funcionário da base da pirâmide que atua com dolo será um mero instrumento do homem-de-trás, o verdadeiro autor⁶⁵.

⁶¹ Tomar o facto como seu é criar uma relação de pertinência. Cf. PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. p. 385-386.

⁶² Como mostra a evolução em ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 674 e s. Assim é o caso da teoria sobre os tipos de imputação de BLOY, com a impunidade dos intervenientes; ou a teoria de STERN sobre a autoria como emanação da norma penal. Cf. MOURA, Bruno. *Autoria e participação nos crimes desde a empresa...*, p. 64-65.

⁶³ Existe outra decisão semelhante do BGH em 06 de junho de 1997, contra uma empresa que despejou seu lixo de forma inapropriada, a qual condenou os diretores pelo domínio daquele facto. Cf. Essa e outras críticas de casos em ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*. München: Verlag C. H. Beck, 2003. p. 55-58.

⁶⁴ Fortemente contra cf. SOUSA, Susana Aires de. *A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal - Contributo para uma protecção de interesses do consumidor*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 1018.

⁶⁵ Como sustenta SANTOS, na relação vertical de comando dentro de uma pessoa coletiva, a dependência económica-profissional resulta numa estrutura que é capaz de transformar o executor em um mero instrumento face ao homem-de-trás. Não se trata de uma transposição da hipótese de domínio da vontade dos aparelhos organizados de poder, mas sim de uma

Portanto há autoria mediata com domínio da vontade pelo mandante e autoria imediata por parte do executor, o qual também atuou de forma plenamente responsável.

Este pensamento segue a formulação anglo-saxônica relativa ao domínio da vontade nos aparelhos organizados de poder, onde o dirigente estaria munido de uma estrutura que preenche cumulativamente os requisitos elencados, de forma a imputar a ação do homem-da-frente também ao homem-de-trás. Mas como já justificado anteriormente, as empresas não preenchem os requisitos da teoria de ROXIN⁶⁶ e a figura da autoria mediata em aparelhos organizados de poder é dispensável para o ordenamento jurídico português.

Recapitulando brevemente, o §25 do StGB é relativo à autoria e aponta distintamente as três formas de autoria: imediata, mediata e coautoria. Com a interpretação de ROXIN a figura central do acontecimento tem a capacidade de dominar o mesmo de três formas: pela ação (*Handlungsherrschaft*), pela vontade (*Willensherrschaft*) ou pelo domínio funcional (*funktionale Tatherrschaft*), respectivamente. O doutrinador inseriu uma terceira forma de domínio da vontade (para além da coação e do erro⁶⁷) que é a pelo domínio de um aparelho organizado de poder⁶⁸.

Visto que o direito penal português atual foi construído baseado na teoria do domínio de facto, esta última forma de domínio da vontade foi aderida por parte da doutrina nacional⁶⁹. Outra parte hesita, pois é necessário ter em consideração o princípio basilar da autorresponsabilidade⁷⁰, o qual rejeitaria dois atuantes imputáveis pelo mesmo facto. Isto quer dizer, quando o executor agir de forma plenamente responsável, não é possível atribuir-se também uma responsabilidade penal ao homem-de-trás. Isso só será possível se o executor não

adaptação de sentido próximo a esta última figura. O autor entende que a empresa não preenche os requisitos explicitados por ROXIN, sobretudo pelo caráter lícito de atuação da pessoa coletiva, mas o domínio do facto pelo homem-de-trás se justificaria por um critério de natureza económica-profissional destas próprias estruturas verticais. Cf. mais em SANTOS, Humberto de Sousa. Autoria mediata por meio de dependência estrutural económico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 117, 2015. p. 122 e s. Ora, não parece ser necessário a criação de uma “nova” categoria de autoria mediata para a criminalidade empresarial. As soluções existentes são capazes de resolver os casos práticos na mesma medida que a proposta de SANTOS. Nomeadamente a instigação responde satisfatoriamente a estrutura vertical encontrada dentro da organização empresarial.

⁶⁶ Interessante ressaltar que no julgamento brasileiro da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal, o caso conhecido por “mensalão”, foi invocada a teoria do domínio do facto com base na presunção de um domínio da vontade por parte dos superiores hierárquicos face aos seus subordinados. Um dos ministros da Suprema Corte brasileira considerou que diante de uma prova material impossível, seria plausível condenar o acusado por sua mera ocupação de uma posição hierárquica superior. Na altura ROXIN foi questionado sobre esta decisão sem provas e refutou a aplicação da teoria, sendo insuficiente a suposição de que o superior deveria ter conhecimento para preencher o dolo. Veja-se mais na entrevista à Tribuna do Advogado da Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro, em 16 de novembro de 2012.

⁶⁷ Interessante destacar a ressalva do autor relativa às categorias de erros que não excluem ou diminuem a culpabilidade, como é o caso do *error in persona*. Cf. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 212 e s.

⁶⁸ Desenvolvida para casos muito específicos, sobretudo numa altura em que buscavam a responsabilização de agentes superiores hierárquicos durante o Terceiro Reich, na forma de autoria e não de mera instigação.

⁶⁹ Portanto a que apoia a interpretação roxiniana da teoria. Cf. também SERRA, Teresa. *A autoria mediata através do...* p. 316-317.

⁷⁰ Sobre esse cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral*. p. 907-908. Para ROXIN, o princípio (*Verantwortungsprinzip*) só é válido nos casos de coação. Cf. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 172. Ainda, destaque para a parte final, onde o autor frisa o atual entendimento de RENZIKOWSKI sobre a livre decisão tomada pelo executor, a qual exclui a responsabilidade do homem-de-trás. *IBIDEM*, p. 707.

tiver culpa, portanto não dominar o facto pois ele não lhe pertence⁷¹.

Esta parte da doutrina segue o pensamento de DIAS e da instigação como forma de autoria, ou seja, para ele é instigador-autor quem determinar dolosamente outrem a prática de um crime⁷². Como elencado anteriormente a ideia é fundada na teoria do domínio do facto, onde o instigador-autor teria o domínio da decisão do agente imediato. Essa forma de domínio justificaria a classificação desta determinação como autoria e não mera participação.

Nesse caso o funcionário da empresa que agir com culpa dolosa, será considerado autor imediato e o homem-de-trás que deu a ordem será instigador-autor. Caso o funcionário executor agir em erro ou coagido, ele será instrumentalizado como autor imediato e o homem-de-trás autor mediato, dentro das duas hipóteses clássicas de autoria mediata e domínio da vontade conhecidas antes da acrescida interpretação de ROXIN⁷³.

Entretanto, no entendimento deste artigo não é possível fundamentar um domínio do facto pelo domínio da determinação do instigado, pois o instigador não domina a execução do facto, de forma que a realização do tipo não depende da sua vontade⁷⁴. Parece ser um alargamento desnecessário da punibilidade, pois no caso prático não é possível se verificar que há efetivamente algum domínio sobre a decisão do executor.

O problema reside na palavra “determinar”, porque o simples facto de provocar ou convencer alguém a cometer um crime não significa dominar o próprio facto típico⁷⁵. Ainda que A pague B para matar C, nada indica que B vá efetivamente matar C, ou então que A domine o facto de B. A conexão psicológica que existe entre instigador e instigado existe, mas não é tão profunda quanto a de uma autoria mediata em um aparelho organizado de poder, por exemplo⁷⁶. Por isso, por não preencher nenhuma forma de domínio, não se pode falar que a instigação seja uma categoria de autoria.

Mesmo que a ela não esteja diretamente na cumplicidade moral ou material do art. 27º do CP, o argumento funciona nas duas direções quando o próprio art. 26º do CP não diz que “é autor”, mas apenas “punido como autor”. Retoma-se aqui o pensamento elaborado anteriormente, onde a instigação é uma figura entre a autoria e a participação, reconhecida

⁷¹ Assim o facto nunca saiu da esfera de domínio do homem-de-trás.

⁷² Cf. a discussão da nota 13. E também SOUSA, Susana Aires. **A responsabilidade criminal...** p. 1020.

⁷³ IBIDEM, p. 1020-1021.

⁷⁴ Adotando a concepção desenvolvida por ROXIN no domínio do facto. O instigado tem liberdade de escolha para não praticar o delito de forma a não ser um mero instrumento.

⁷⁵ Cf. RAPOSO, João António. A punibilidade nas situações de instigação em cadeia. **O Direito**, v. 133, n. 4, 2001. p. 921. Em sentido contrário, DIAS explica que essa determinação é suficiente para preencher todos os elementos constitutivos do ilícito. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 933-934.

⁷⁶ Ainda que exista uma promessa de pagamento ou o pagamento já efetivado, nunca A dominará o facto de B. Diferentemente são os casos de autoria mediata onde há um domínio da vontade, o qual garante a execução do facto ordenado pelo mandante. O elo entre instigado e instigador não é forte o suficiente para indicar que há propriamente um domínio do facto. Ainda quando houver um aparelho organizado de poder a própria estrutura e hierarquia garantem esse domínio. Cf. a fundamentação também sobre essa influência em ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II**, p. 54-55. Frisa-se a remarca do doutrinador a respeito da não-obrigação de cumprir ordens ilícitas, justificando uma mera instigação para os casos de criminalidade de empresa. No fundo, pode-se criticar a própria noção de domínio do facto, porque na realidade ele não existe. Porém essas indagações não cabem neste artigo.

inclusive por DIAS. Portanto pode não ser tradicional⁷⁷ nem fruto simbólico da herança de uma autoria moral, mas deve-se considerar instigação como mera instigação. Contudo a lei permite que existam formas distintas de interpretação, visto que instigação também não é determinada como autoria⁷⁸. Assim, quem determinar dolosamente outrem à prática de um crime, é instigador. Seja autor, seja partícipe.

Ainda deve-se ressaltar que a solução da punição na criminalidade de empresa ser associada a mera instigação (para os casos de crimes comissivos por parte do executor a mando de um superior hierárquico) responde satisfatoriamente à questão quanto a responsabilidade imputada pelo facto concreto⁷⁹.

Independentemente de o resultado da interpretação da instigação ser autoria ou participação, ainda reside uma questão: a não punição da tentativa. Isto porque a tentativa na instigação só é punida quando houver início dos atos executórios, conforme disposto no final do art. 26º do CP. Por isso a tendência doutrinal e dos Tribunais é de classificar situações claras de instigação como autoria mediata; dessa forma conseguem suprir a “lacuna” legislativa⁸⁰. Porém não é preciso imputar erroneamente as categorias criminais, pois, conforme indica SOUSA, quando o legislador entender que é preciso antecipar o início da tentativa na instigação, ele irá promovê-lo no próprio tipo crime⁸¹.

O segundo principal problema da teoria do domínio do facto na criminalidade empresarial é que ela não pode ser aplicada para crimes omissivos. A autoria nestes casos está na própria violação do dever de evitar o resultado, e não pelo possível domínio do facto típico. Este tipo de crime é comum e praticamente inerente a própria atividade empresarial. Porém os Tribunais alemães frequentemente julgam casos de omissão com base na teoria roxiniana, pois consideram que o omitente, ao escolher deliberadamente não agir e prevenir um resultado evitável, toma em suas mãos o curso daquele facto típico⁸².

Este argumento é fundado num domínio negativo do facto. Como a teoria é composta por uma unidade objetiva-subjetiva, isso significa que a vontade do autor se une com o seu

⁷⁷ Como ressalta COSTA, a instigação é inspirada no ordenamento jurídico penal alemão. Cf. COSTA, José de Faria. *Formas do crime. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e legislação complementar*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983. p. 172.

⁷⁸ É um meio termo que responde ao princípio da acessoriedade, portanto assemelha-se qualitativamente mais à participação. Mas sua punição pode ser quantitativamente igual à da autoria. Cf. TORRÃO, Fernando. *Societas delinquere...*, p. 223. E VALDÁGUA, Maria da Conceição. *Figura Central, aliciamento...*, p. 918 e s. Bem como RAPOSO, João António. *A punibilidade nas situações...*, p. 921 e s. e 927 e s.

⁷⁹ Além de encontrar pleno apoio na solução de ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. p. 747-750.

⁸⁰ Ver nota 28. Repare-se que a lei também não menciona especificamente o início da tentativa na autoria mediata. Conforme a interpretação da doutrina majoritária do n. 2 do art. 22º do CP, há início da tentativa quando o autor mediato atuar e colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal, independentemente do autor imediato. Para mais cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral*. p. 827.

⁸¹ Cf. SOUSA, Susana Aires de. *“Contratado” para matar...*, p. 219-220, citando o exemplo do crime de suborno do art. 363º do CP, onde o legislador antecipou no tipo-crime o início da tentativa ao descrever “quem convencer ou tentar convencer outra pessoa”. Dessa forma não é preciso que o instigado efetivamente faça nada, bastando o início do ato do próprio instigador para ser punível o suborno.

⁸² Por exemplo, é o caso da pessoa que tem a oportunidade de lançar uma boia salva-vidas a alguém que está a se afogar, mas escolhe não o fazer.

contributo material para o crime. Ou seja, o autor é a figura central do acontecimento, que controla o facto típico por um domínio positivo ou negativo daquele⁸³.

Nem toda pessoa que se omite pode ser considerada autora de um crime. É preciso que haja um dever de garante que resguarde a posição em que ela se encontra. Esse dever jurídico recai sobre o titular responsável pela proteção de um bem jurídico, mesmo que a ameaça seja feita por outrem. O mero perigo exige que o garantidor, em condições de atuar, impeça o resultado típico⁸⁴.

Isto também não significa que o dirigente seja penalmente responsável por tudo o que se passa na empresa. É impossível presumir que exista domínio geral, dada a própria estrutura fragmentada e setorializada de uma grande pessoa coletiva e sua atividade. Para fundamentar e delimitar esse dever de garante, o administrador só poderá ser penalmente responsável caso preencher essa unidade objetiva-subjetiva, mesmo na ausência de dolo⁸⁵.

Em outras palavras, para que a responsabilização não seja meramente objetiva, simplesmente porque a pessoa exerce um cargo ou uma função de direção, é necessário que a ação ou omissão do facto típico seja somada com a responsabilidade subjetiva de imputação, por dolo ou negligência, de uma violação de dever ou uma de obrigação da função. Ou seja, ele deve ser naturalmente responsável pelo setor ao qual se dedica. Este é um critério geral de concretização da responsabilidade do dirigente.

SCHÜNEMANN frisa que para equiparar a omissão à ação no domínio do facto, é preciso que haja um domínio do dirigente sobre a causa do resultado, sobretudo pelo cargo exercido por ele. Deve ter individualmente o dever de intervir e prevenir a conduta criminosa. Dessa forma há um domínio sobre os elementos perigosos da empresa, que naturalmente uma sociedade de risco exige proteção.

Percebendo que a responsabilidade no contexto das grandes empresas pode se estender em demasiado, SCHÜNEMANN defende que nesses casos a posição de garante tem de estar limitada à função que compete ao sujeito dentro da estrutura empresarial⁸⁶. É dessa vinculação que decorrem os deveres de garantia do membro da administração. Igualmente esses deveres se limitam ao departamento que é dirigido por esse administrador⁸⁷.

Por isso SOUSA destaca que é essencial na estrutura funcional da própria empresa que os princípios de hierarquia e a divisão de trabalho sejam definidos para a posição de garantia. Só estes permitem concretizar a esfera de competência e delimitam o espaço de responsabilidade

⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral**. p. 892.

⁸⁴ BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 24.

⁸⁵ Este é o fundamento de toda proposição de SCHÜNEMANN visto que a divisão de trabalho quebra a cadeia da responsabilidade entre o emissor da ordem e o executor, bem como não implica que aquele possua sua competência exclusiva de decisão. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de...**, p. 531. Também em IDEM. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa...**, p. 30 e s.

⁸⁶ Ela é atribuível em função da esfera de competências que o administrador possui, e não pela mera ocupação do cargo de gestão. Assim cada setor tem seu responsável, nem que seja por delegação de funções.

⁸⁷ Por exemplo, um acidente na parte de logística e transportes nada tem a ver o dirigente do setor de finanças.

do diretor⁸⁸. Ainda, como todo o dever de garante exige, é preciso que o administrador tenha a possibilidade de cumprir esse dever. Caso esteja, por exemplo, fisicamente impedido, deve haver uma delegação de poderes para que outro o faça.

Por tanto, no caso concreto o juiz deve verificar estes dois requisitos: a limitação explicitada pelo quadro de funções e competências, bem como deve existir a possibilidade de o administrador cumprir o dever de garante a ele associado.

E somente dessa forma, buscando definir um fundamento jurídico do dever de garante do administrador empresarial, que é possível encontrar um equilíbrio entre a teoria do domínio do facto e a responsabilidade penal do dirigente⁸⁹.

4. Conclusão

As teorias tradicionais de autoria não respondem satisfatoriamente os problemas encontrados pela criminalidade do século XXI. É preciso adaptar e evoluir a dogmática para que não se criem lacunas de punibilidade, as quais já permeiam pelo ordenamento jurídico penal. Também é possível, através de exceções e adaptações por vezes grotescas, permitir que a teoria do domínio do facto seja utilizada no contexto empresarial.

Verifica-se que hoje em dia há uma pressão social de punição para cima, dos órgãos diretivos, a qual deve evitar a responsabilização meramente objetiva do dirigente⁹⁰. Portanto é preciso que a doutrina, os Tribunais e a lei prevejam formas de exigir um dever de garante específico para o dirigente empresarial.

Ao catalogar estas condições, a teoria do domínio do facto terá mais facilidade em ser aplicada para os crimes omissivos impróprios de natureza corporativa.

Neste sentido, para que um sócio, administrador, gerente, dirigente em geral possa ser punido por um crime desde a empresa é preciso que seja configurado um dever de garante o qual foi violado, trazendo-lhe responsabilidade subjetiva pelo facto (e não puramente objetiva por ocupar aquele cargo); bem como que ele tenha o domínio sobre o acontecimento criminoso, seja pela ação, pela vontade, ou pelo domínio funcional do facto. Em Portugal, caso o subalterno agir com culpa dolosa⁹¹, aquele superior emissor da ordem poderá ser responsabilizado como instigador, independentemente de o entendimento da categoria criminal ser de autoria ou participação. Ainda que a responsabilização individual não seja a garantia de uma impunidade na criminalidade de empresa, é essencial que os limites sejam traçados para haver certa

⁸⁸ SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 72-75.

⁸⁹ Cf. também SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes**. Lisboa: Verbo, 2009. p. 382 e s.

⁹⁰ O “efeito Eichmann”, como bem menciona TORRÃO, Fernando. **Societas delinquere...**, p. 125 e s.

⁹¹ Expressão portuguesa para “dolo” já que a culpabilidade aqui se traduz em culpa *lato sensu*.

contenção de riscos neste setor⁹². Sem o desenvolvimento de uma cultura empresarial voltada para a comunidade a qual ela integra, não existem formas de superar o grande desafio instaurado com a sociedade de risco.

Bibliografia

- AMBOS, Kai. Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. Uma valoração crítica e ulteriores contribuições. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 37, 2002. p. 43-72.
- BGH. Tötung an DDR-Grenze in mittelbarer Täterschaft. **NJW**, Heft 41, 1994. p. 2703-2708.
- BACIGALUPO, Enrico. **Derecho Penal – parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Bogotá: Temis, 1996.
- BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do código penal. *In: Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, v. III. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- BRANDÃO, Nuno. Pacto para matar: autoria e início da execução». **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v. 18, n. 4, 2008. p. 531-605.
- BRITO, Teresa Quintela de. **A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta típica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- COSTA, José de Faria. Formas do crime. *In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e legislação complementar*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 157-183.
- COSTA, José de Faria. O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 9, n. 34, 2001. p. 9-25.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reformado direito penal económico e social português. **Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência**, n.º 3714 a 3720, 1984. p. 35 e s.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral, Tomo I**. 3ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.
- GRECO, Luis. **As razões do direito penal – quatro estudos**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- JAKOBS, Günther. **Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch**, 2ª Auf. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; e WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil**. Berlin: Duncker und Humblot, 1996.
- LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds – the failure of corporate criminal liability**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.
- MATTA, Paulo Saragoça da. **O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MOURA, Bruno de Oliveira. **A conduta prévia e a culpa na participação**. Lisboa: Âncora, 2022.
- MOURA, Bruno. Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual. **Revista CEPPG**, n. 25, v. 2, 2011. p. 54-70.
- PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal – Parte General**. 10ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.
- RAPOSO, João António. A punibilidade nas situações de instigação em cadeia. **O Direito**, v. 133, n. 4, 2001. p. 907-958.
- ROXIN, Claus. § 25, *In: Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar: Grosskommentar*. Hrsg. Burkhard Jaehne, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky. Berlin: Walter de Gruyter, 1993. p. 1-102.
- ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista Panóptica**, Law E-Journal. Ano 3, vol. 17, 2009. p. 69-94, disponível em https://www.academia.edu/36772380/O_dom%C3%ADnio_por_organiza%C3%A7%C3%A3o_como_forma_independente_de_autoria_mediata.

⁹² Os Estados Unidos são referência quando se trata de criminalidade empresarial. A evolução dos estudos mostra que sem punir a própria pessoa coletiva, a criminalidade empresarial continuará a seguir seu fluxo. A efetividade das sanções sobre os indivíduos é praticamente inexistente, devendo pautar as discussões principalmente sobre o próprio ente coletivo. Cf. LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds – the failure of corporate criminal liability**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006, em especial p. 70-72.

- ROXIN, Claus. **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II**. München: Verlag C. H. Beck, 2003.
- ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. 9ª Auf.. Berlin: De Gruyter Recht, 2015.
- SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, 2012. p. 26-57.
- SANTOS, Humberto de Sousa. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, 2015. p. 91-140.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho Penal y ciencias penales**, v. 2, 1988. p. 529-558.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa – dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de Derecho Penal y ciencias penales**, v. 55, 2002. p. 9-38.
- SERRA, Teresa. A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v. 5, 1995. p. 303-328.
- SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes**. Lisboa: Verbo, 2009.
- SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica** 98, v. II. Coimbra, 2009, p. 1005-1037.
- SOUSA, Susana Aires de. “Contratado” para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2016). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, v. 27, n. 1, 2017. p. 181-220.
- SOUSA, Susana Aires de. **A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal - Contributo para uma protecção de interesses do consumidor**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**. Coimbra: Almedina, 2019.
- TORRÃO, Fernando. **Societas Delinquere Potest? – Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”**. Coimbra: Almedina, 2010.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição. A responsabilidade do agente mediato no âmbito da criminalidade organizada. **Direito e Cidadania**, ano 6, n. 20/21, 2004. p. 63-82.
- VALDÁGUA, Maria da Conceição. Figura Central, aliciamento e autoria mediata. **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues**, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 917-938.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal - Parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2005.

Recebido em: 02/05/2022

Aprovado em: 16/06/2022

