

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 5



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLVI — N.º 1 - 2005

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
Vogais - PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Vice-Presidente)
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE
- LIC. JORGE SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Junho de 2006

Martim de Albuquerque — Nota de Abertura 9

I Doutrina

Eduardo C. B. Bittar — O ensino da Filosofia do Direito: história, legislação e tradição na cultura jurídica brasileira..... 11

Lenio Luiz Streck — Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo 55

Carmen Bolaños Mejías — Crisis institucional en las relaciones luso-españolas durante el reinado de Felipe II de Portugal 87

Vito Tanzi — The stability and growth pact: its role and future..... 109

Mateus Kowalski — ONU — A Reforma para a Paz..... 121

Fabrizio Grandi Monteiro de Tancredo — O princípio da subsidiariedade: as origens e algumas manifestações..... 169

Luís de Lima Pinheiro — Reconhecimento autónomo de decisões estrangeiras e controlo do direito aplicável..... 215

Paulo de Pitta e Cunha — The constitutional treaty: a step in european integration along federal lines 241

J. Oliveira Ascensão — Questões problemáticas em sede de indicações geográficas e denominações de origem 253

Jorge Miranda — Direitos fundamentais e ordem social (na Constituição de 1933)..... 271

Guilherme Guimarães Feliciano — Justiça do Trabalho — Nada mais, nada menos..... 311

Maria Luísa Duarte — Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia — A propósito do acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005..... 341

Eduardo Vera-Cruz Pinto — A disciplina de Direito Romano em Portugal e nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa 371

Pedro Delgado Alves — Governos provisórios 385

Domingos Soares Farinho — As regras de recrutamento parlamentar partidário em Portugal 483

<i>Nuno Ferreira</i> — A responsabilidade internacional: evolução na tradição...	515
<i>Tiago Antunes</i> — Partidos verdes: partidos monocromáticos? — Breve olhar sobre a Política Verde e a partidarização da Ecologia	537
<i>Vasco Duarte de Almeida</i> — Sobre o valor da dignidade da pessoa humana	623

II Legislação

<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — Apontamentos legislativos	651
<i>Vitalino Canas / Nuno Aureliano</i> — Contribution to a feasibility study on a project in Afghanistan — Law enforcement	669

III Jurisprudência

<i>Nuno Reis</i> — Comentário a um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-10-2001 (Responsabilidade civil extracontratual)	701
--	-----

IV Trabalhos de Alunos

<i>Ana Paz Ferreira Perestrelo de Oliveira</i> — A imputação da responsabilidade individual na criminalidade de empresa: a aplicabilidade da figura da autoria mediata por “domínio da organização”	721
---	-----

V Vida Universitária

<i>Adriano Moreira</i> — O futuro da educação.....	777
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — Os Arquivos no Direito Internacional: uma perspectiva portuguesa.....	783
<i>António de Sousa Franco</i> — Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão (Acta da reunião do Conselho Científico de 23 de Julho de 2003).....	795
<i>Jorge Miranda</i> — A Constituição Fiscal Portuguesa	797
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação da dissertação de doutoramento da Mestra Maria Benedita Malaquias Pires Urbano	807
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de uma disciplina de Direito Constitucional Penal apresentado pela Prof. ^a Doutora Maria Fernanda Palma a provas de agregação.....	817
<i>Jorge Miranda</i> — O referendo local.....	829
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Apreciação do currículo científico e pedagógico do Professor Doutor Eduardo da Paz Ferreira	837

<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Elogio do Professor Doutor Vito Tanzi	839
<i>Paulo Otero</i> — “Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas” — Arguição da dissertação de doutoramento do Mestre Pedro Gonçalves	841
<i>Paulo Otero</i> — Palavras de homenagem do Professor Armando Marques Guedes	853
<i>Pedro Soares Martinez</i> — Análise crítica de um Relatório respeitante ao ensino das Finanças Públicas	855
<i>Ruy Albuquerque</i> — Evocação do Dr. Miguel Pinto de Meneses	869
<i>Jorge Miranda</i> — Homenagem ao Prof. Doutor José Dias Marques	877
1.º Curso de Pós-Graduação em Direito das Autarquias Locais	879
1.º Curso de Pós-Graduação de Legística e Ciência da Legislação	881
Curso de Verão de Direito Processual Constitucional	885
Estatutos do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	887
Posição do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa perante o “Processo de Bolonha”	895
Regimento do Instituto de Investigação Científica	901
UNIDROIT — Homenagem à Prof. Doutora Isabel de Magalhães Collaço...	903

**A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL
NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA:
A APLICABILIDADE DA FIGURA DA AUTORIA MEDIATA
POR “DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO” (*)**

ANA PAZ FERREIRA PERESTRELO DE OLIVEIRA

I — INTRODUÇÃO

1. Quando, em 1963, ROXIN apresentou, na sua tese de habilitação ⁽¹⁾, a figura da autoria mediata por “domínio da organização” ⁽²⁾ como forma, então verdadeiramente revolucionária ⁽³⁾, de resolver os problemas de imputação da res-

(*) O texto que se publica desenvolve o plano apresentado para a oral de melhoria de nota realizada na disciplina de Direito Penal I, no ano lectivo de 2003/2004, sob a regência do Senhor Professor Doutor Augusto Silva Dias.

⁽¹⁾ *Täterschaft und Tatherrschaft*; cfr., hoje, a 7.ª edição da obra, de que há tradução castelhana de Cuello Contreras e Serrano González de Murillo, com o título *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Barcelona, 2000, que é aquela que aqui se cita.

⁽²⁾ Ou autoria mediata em virtude de “aparelhos organizados de poder”. A terminologia “autoria mediata por domínio da organização” não era inicialmente utilizada por ROXIN, mas foi esta que se generalizou e que, sendo mais neutral quanto ao âmbito de aplicação da figura, parece preferível.

⁽³⁾ A este propósito, é interessante a descrição da reacção da doutrina alemã às sentenças de princípios dos anos sessenta dos tribunais que julgaram pessoas acusadas de terem intervindo e executado pessoalmente assassinatos em campos de concentração nazis (com base na teoria do *animus auctoris*). Cfr. MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica”, *Revista Penal*, n.º 9, Janeiro 2002, p. 62, nota 3. O Autor refere que foi enviado um questionário a todos os penalistas alemães para que manifestassem a sua posição quanto àquelas decisões judiciais, ao qual responderam apenas nove, recusando-se, quase sempre, a aprofundar o caso, invocando o desconhecimento dos seus detalhes. “Muito interessante e reveladora [escreve MUÑOZ CONDE] é a resposta que deu o então jovem docente CLAUD ROXIN, que, revelando a sua discordância com o parecer jurisprudencial, remete para o seu trabalho [“Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”], comunicando que o enviou para publicação à revista *Juristenzeitung* e que, se esta o não publicasse, o enviaria a outra (efectivamente apareceu publicado na revista *Goldammer’s Archiv*, em 1963). Em Setembro de 2001, numa conversa privada revelou que foi a única vez que viu recusada a publicação de um trabalho seu”.

ponsabilidade pelos crimes praticados em Estados totalitários (especialmente na Alemanha Nazi), afirmava que aquela não era uma construção *ad hoc* ou uma espécie de “Direito de excepção” para crimes especialmente reprováveis. Semelhante forma estrutural de domínio da vontade teria, todavia, uma “existência mais ideal que real” e não assumiria praticamente expressão no seio de um Estado de Direito com uma vida comunitária interna estável, de tal maneira que bem poderia não ser tomada em consideração na teoria do autor (4). No entanto, a figura do “domínio da organização” não só se consolidou como referência nas obras gerais e especializadas sobre a matéria (5), como, sobretudo, conheceu um desenvolvimento surpreendente, em parte sufragado pelo próprio ROXIN, e uma expansão do campo de discussão sobre o seu âmbito de aplicação para domínios inicialmente imprevisíveis, tornando legítimo afirmar que se está perante a construção dogmática que maiores desafios coloca na teoria da comparticipação, ao viver numa tensão constante entre as orientações que negam a sua autonomia e operatividade e as tendências, de sentido oposto, para a flexibilização dos seus contornos e para o seu reconhecimento enquanto conceito explicativo de problemas diversos daqueles para que foi criada.

É neste quadro que se insere o problema da criminalidade de empresa, que verdadeiramente vem testar os contornos dogmáticos da autoria mediata, permitindo, mais amplamente, avaliar a capacidade das categorias tradicionais da comparticipação criminosa, à luz da teoria do domínio do facto (6), para servir de base à imputação da responsabilidade penal em situações de difícil enquadramento doutrinário e que requerem soluções valorativa e político-criminalmente coerentes.

Deste modo, se podemos dizer que o problema da criminalidade de empresa está muito para lá da questão da aplicabilidade, nesse âmbito, da autoria mediata por “domínio da organização”, certo é que aquele se assume como o campo

(4) Cfr. ROXIN, *Autoria...*, cit., p. 277.

(5) A ponto de poder considerar-se actualmente como um dos “pilares fundamentais da autoria mediata”. Cfr. MUÑOZ CONDE, “Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones ‘no desvinculadas del Derecho’”, *Problemas Fundamentais de Direito Penal — Homenagem a Claus Roxin*, Universidade Lusfada, Lisboa, 2002, p. 92.

(6) Partimos, pois, dos pressupostos da teoria do domínio do facto. Sobre ela, cfr., desevolvidamente, ROXIN, *Autoria...*, cit., que, não tendo sido o seu criador, foi porventura quem melhor a concretizou. Autor será, então, aquele que tem o controlo (“domínio”) do *se* e do *como* da realização do facto, i.e., todo aquele de cuja vontade dependem decisivamente a iniciativa e a execução do facto. Neste quadro, cabe distinguir a autoria imediata (“domínio da acção”), a autoria mediata (“domínio da vontade”) e a co-autoria (“domínio funcional do facto”), esgotando esta tricotomia as formas de domínio do facto susceptíveis de ocorrer nos chamados “delitos de domínio”, ao lado dos quais ROXIN coloca a (controversa) categoria dos “delitos de dever” e ainda dos “crimes de mão própria”.

actual de debate em torno da figura, relançando as dúvidas a seu respeito e fazendo crescer as críticas que nunca deixaram de lhe ser lançadas. A discussão sobre a possibilidade de recurso à forma de domínio da vontade em causa para solucionar os problemas de imputação da responsabilidade individual no quadro da empresa vem, assim, acentuar as dificuldades da construção roxiniana, mas revela, parece-nos, que os contornos com que é — ou deve ser — traçada permitem encontrar respostas dogmaticamente exactas para esses problemas e, conseqüentemente, político-criminalmente adequadas.

2. O problema da imputação da responsabilidade individual é, podemos afirmá-lo com SILVA SANCHÉZ (7), a questão central no tratamento jurídico-penal da criminalidade de empresa (8). Pretende saber-se como atribuir a responsabilidade penal às pessoas que, sem praticarem acções executivas, decidem a prática do facto típico no âmbito da empresa, enquanto organização complexa que prossegue finalidades económicas e que se baseia no princípio da hierarquia (no plano vertical) e no princípio da divisão do trabalho (no plano horizontal) (9): realizando-se as actividades, no âmbito da organização empresarial, através de um complexo organigrama, em que predominam, pois, a divisão de funções e a relação hierárquica, “é evidente que não pode localizar-se o centro de gravidade da responsabilidade por autoria exclusivamente ou principalmente no último escalão da cadeia, na fase executiva, deixando na periferia ou inclusivamente na impunidade condutas não executivas, mas tão ou mais importantes que as propriamente executivas” (10). Torna-se, assim, patente a necessidade dogmática e político-crimi-

(7) “Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en Derecho español”, *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal — Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, p. 368.

(8) Surgindo ao lado de outras questões de relevância também ela decisiva, em particular a responsabilidade penal da própria empresa enquanto pessoa colectiva, problema ainda hoje não resolvido em definitivo e que tem sido doutrinariamente tratado, muito particulannente quanto ao campo que nos ocupa, no âmbito da responsabilidade pelo produto. A esse respeito, cfr., nomeadamente, o conjunto de trabalhos publicados sob a coordenação de MIR PUIG e LUZÓN PEÑA, *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, Biblioteca de Derecho Penal, Barcelona, 1996. Não se analisa aqui a questão da responsabilidade da pessoa colectiva, sendo certo, em todo o caso, que, como afirma Ana ISABEL PÉREZ CEPEDA, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, *Revista Penal*, n.º 9, Janeiro 2002, p. 106, independentemente da solução a dar ao problema, sempre que seja possível deve imputar-se o facto típico aos indivíduos que, dentro da empresa, são responsáveis por ele.

(9) Cfr., por exemplo, SILVA SÁNCHEZ, “Responsabilidad...” cit., p. 368; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico — Parte General*, Valencia, 1998, p. 193; ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, “Criminalidad...” cit., p. 107; Pedro Soares de Albergaria, “A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa”, *RPCC*, Ano 9, Outubro-Dezembro 1999, p. 611.

(10) MUÑOZ CONDE, “Problemas...”, cit., p. 75.

nal de encontrar estruturas de imputação que fundamentem a atribuição da responsabilidade a título de autoria aos dirigentes da empresa, os quais tomam a decisão de cometer o crime, que é praticado por um subordinado penalmente responsável (havendo instrumentalização em virtude de erro ou coacção a solução da autoria mediata não oferece dúvidas, tendo em conta os pressupostos teóricos adoptados). Constata-se, com efeito, que, não obstante não participarem na respectiva execução, os “centros de decisão” dominam de modo essencial a produção do facto, devido à estrutura organizativa da empresa, verificando-se a “habitual divergência (...) entre acção e responsabilidade nas instituições hierarquizadas” (11) que justamente consiste em a lesão do bem jurídico ser levada a cabo por quem não é o verdadeiro responsável por ela. Daí que deva afirmar-se a necessidade de encontrar uma solução equilibrada que, respeitando a distinção dogmática entre autoria e participação, com base na teoria do domínio do facto, procure resolver satisfatoriamente o problema também do ponto de vista da justiça material (12), sendo certo, em todo o caso, que sempre se acabará por reconhecer razão a MUÑOZ CONDE quando adverte que “é quase impossível alcançar uma solução unitária, completamente isenta de contradições e plenamente satisfatória” dos problemas de imputação da responsabilidade no âmbito empresarial.

A esse propósito, de resto, não pode esquecer-se que esses problemas não se circunscrevem àquele que aqui analisamos. Tal como colocámos a questão da criminalidade de empresa, tratamos apenas os crimes dolosos activos, mas é certo que estamos perante um campo mais amplo de interrogação, que abrange, nomeadamente, o problema dos crimes negligentes e da identificação da fonte de uma (eventual) posição de garante do empresário, susceptível de fundamentar a imputação de um crime de comissão por omissão, questão esta que, paralelamente ao problema da aplicabilidade à empresa da autoria mediata por “domínio da organização”, tem agitado a doutrina juspenalista em grau que quase se diria não inferior (13). De fora de análise são deixados, também, os crimes específicos, que igualmente integram o âmbito problemático geral da criminalidade de empresa (14) mas que convocam dificuldades próprias.

(11) SCHÜNEMANN, “Cuestiones básicas de dogmática juridico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, p. 533; cfr. também MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho...*, cit., pp. 193 e 194.

(12) Cfr. MUÑOZ CONDE, “Problemas...”, cit., p. 61.

(13) Cfr., especialmente, ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de Atribución*, Barcelona, 1997, que analisa as várias soluções que têm sido avançadas neste domínio. Cfr. também SCHÜNEMANN, “Cuestiones...”, cit., pp. 529 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, “Responsabilidad...”, cit., pp. 371 e ss.; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, Colónia, 2004, pp. 91-95.

(14) Uma análise destes delitos é levada a cabo, com razoável desenvolvimento, por MUÑOZ CONDE, “Problemas...”, cit., pp. 83-96.

3. Na perspectiva em que nos situamos, os problemas de imputação característicos da criminalidade de empresa surgem no prolongamento, quase natural, da discussão geral em torno da figura da autoria mediata por “domínio da organização”, destinada inicialmente a resolver as situações da chamada criminalidade estatal, para-estatal e, em geral, das organizações criminosas não estatais ⁽¹⁵⁾, e

(15) A terminologia é de MUÑOZ CONDE, “Problemas...”, cit., pp. 61 e ss. A construção da autoria mediata em virtude de “aparelhos organizados de poder” surgiu, realmente, como resposta às dificuldades de imputação da responsabilidade penal relativamente a crimes contra a humanidade e genocídios cometidos pelos membros, altos quadros e funcionários do aparelho de poder do governo nacional-socialista alemão no período de 1933 a 1945: a teoria de ROXIN, *Autoría...*, cit., pp. 269 e ss., permitia fundamentar uma autoria mediata de quem, sem ter intervindo directamente na realização dos factos, dominava a sua realização servindo-se de um aparelho de poder organizado estatal que funcionava como uma máquina perfeita, desde a cúpula, donde emanavam as ordens criminosas, até aos meros executores materiais dos mesmos, passando pelas pessoas intermédias que organizavam e controlavam o cumprimento dessas ordens (cfr. MUÑOZ CONDE, “Problemas...”, cit., p. 62; cfr. também KAI AMBOS, “Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder — Uma valoração crítica e ulteriores contribuições” (trad. bras.), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 37, ano 10, Janeiro-Março 2002, pp. 68 e ss.). Para lá do Estado nacional-socialista, a construção aplicava-se, em geral, aos factos praticados no quadro de quaisquer Estados totalitários, verificados, em concreto, os respectivos pressupostos. Referência particular merecem os processos contra Eichmann e Staschynski (sobre eles, cfr. ROXIN, *Autoría...*, cit., pp. 273 e ss. e 606 e ss.), que estão na origem da criação da figura do “domínio da organização”, tendente a dar-lhes uma resposta dogmaticamente exacta, não conseguida nem pelo tribunal de Jerusalém (no processo Eichmann) nem pelo BGH (no processo Staschynski, resolvido de acordo com a teoria do *animus auctoris*). Muito importante é, neste âmbito, o processo da Junta Militar Argentina, em que o Tribunal Supremo Argentino se serviu directamente da teoria de ROXIN para fundamentar a condenação dos generais da ditadura de Videla (cfr., especialmente, KAI AMBOS e CHRISTOPH GRAMMER, “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kase-mann” (trad. cast.), *Revista Penal*, n.º 12, pp. 3-42). Como refere MUÑOZ CONDE, “Problemas...”, cit., p. 63, a mesma figura poderia ter fundado a responsabilidade do general Pinochet e dos seus colaboradores pelos homicídios e desaparecimentos realizados, no Chile, pela chamada “caravana da morte». Tem interesse também a referência de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal — Sumários e Notas das Lições ao 1.º Ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de Coimbra de 1975-1976*, Coimbra, 1976, p. 63, à aplicabilidade da construção em causa aos crimes atribuídos à PIDE-DGS. Fora já do âmbito da chamada criminalidade estatal, a autoria mediata por “domínio da organização” tem relevância, muito particularmente, perante organizações que mantêm uma relação simbiótica com o Estado (cfr. AMBOS, “Domínio do fato...”, cit., p. 69), operando como “para-estado” (significativos são os exemplos da máfia siciliana e dos cartéis de droga colombianos) e ainda perante movimentos clandestinos, organizações secretas, bandos criminosos e grupos semelhantes, que, tendo-se emancipado em geral do respeito pelo ordenamento jurídico, funcionam como “Estados dentro do Estado” (ROXIN, *Autoría...*, cit., p. 278). Assim, tal como definido inicialmente o seu âmbito de aplicação, a autoria mediata por “domínio da organização” só poderia existir quando a estrutura organizativa se situasse como um todo à margem do Direito, estando, no caso contrário, excluído o automatismo de funcionamento indispensável à fungibilidade dos executores que, em último termo, funda a autoria dos “homens de trás”.

que veio permitir, pela primeira vez com uma fundamentação dogmaticamente correcta, explicar a atribuição da responsabilidade penal a um “autor por trás do autor responsável”, ultrapassando-se a barreira tradicional de imputação constituída pelo princípio da responsabilidade. Esse é o grande mérito e a grande novidade da construção roxiniana: a afirmação e justificação teórica de que o “domínio da vontade” pode pertencer a um “homem de trás” quando o executor material é um sujeito penalmente responsável, que mantém o seu domínio do facto, sob forma de “domínio da acção”, e não obstante, portanto, a radical diferença estrutural face ao “domínio da vontade” em virtude de erro ou coacção ou das situações de falta de domínio ético-social do facto. Outros autores defenderam e defendem a responsabilidade penal de um “homem da retaguarda” com diferentes fundamentos, mas só a figura do “domínio da organização”, tal como construída por ROXIN, é capaz de fornecer adequado enquadramento dogmático da situação. Ao explicar que o domínio do *se* e do *como* da realização do facto pertence, aqui, ao autor mediato devido ao controlo de uma organização rigidamente hierarquizada, em que detém o poder de dar ordens que são executadas por “instrumentos” fungíveis, conduzindo, quase automaticamente, à realização do facto típico, aquela construção toma também justamente em consideração a própria fenomenologia criminal das organizações que operam com fins delituais, que naturalmente apresentam particularidades no que se refere à imputação da responsabilidade jurídico-penal aos seus membros ⁽¹⁶⁾.

É, então, o funcionamento peculiar do aparelho de poder que fornece as bases necessárias ao domínio da vontade daquele que nele emite as ordens executadas pelos subordinados responsáveis: uma organização como as que estão em causa “apresenta uma vida independente da identidade variável dos seus membros. Funciona ‘automaticamente’ sem que importe a pessoa individual do executor (...) O factor decisivo para fundamentar o domínio da vontade em tais casos (que correspondem a uma terceira forma de autoria mediata, delimitada claramente face ao domínio por coacção ou erro) reside, pois, na fungibilidade do executor (...) Se reflectirmos, por exemplo, sobre como é possível guiar um acontecimento levado a cabo por outro sem intervir directamente nele, cabe pensar (...) unicamente em três formas: pode forçar-se o agente; pode-se utilizá-lo como factor causal cego relativamente à circunstância decisiva para a autoria, ou o executor tem que ser, se não está coagido nem enganado, substituível arbitrariamente. Neste terceiro grupo de casos, que é aquele que aqui nos interessa, não falta, pois, nem a liberdade nem a responsabilidade do executor directo, que há-de responder como autor culpável e de própria mão. Mas estas circunstâncias são irre-

⁽¹⁶⁾ Cfr., a este respeito, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996, pp. 255 e 259.

levantes para o domínio por parte do sujeito de trás, porque, da perspectiva deste, o agente não se apresenta como pessoa individual livre e responsável, mas como figura anónima e substituível” (17)

No centro da figura da autoria mediata por “domínio da organização” está efectivamente a fungibilidade do executor, assegurada pelo automatismo de funcionamento do aparelho de poder. Como bem nota CONCEIÇÃO VALDÁGUA, os restantes dois requisitos tradicionalmente apresentados (a existência do aparelho organizado de poder com estrutura hierárquica rígida e o funcionamento desse aparelho à margem do ordenamento jurídico) (18) relevam apenas na medida em que proporcionam (tendencialmente, diremos) as condições necessárias para a verificação da fungibilidade do executor, em termos suficientemente amplos para fundamentar a autoria mediata do “agente da retaguarda” (19). Só o critério da fungibilidade, permitindo que o agente mediato não tenha que delegar a realização do facto à vontade autónoma do executor individualmente considerado, explica que o princípio da responsabilidade não sirva de obstáculo ao reconhecimento de um “autor atrás do autor”. Nem o apelo à ideia de “disponibilidade incondicional para a prática do facto” (20) nem o recurso à construção da autoria mediata “em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato” são susceptíveis de conduzir a respostas teoricamente aceitáveis e sistematicamente coerentes. O que confere carácter especial ao “domínio da organização” é precisamente o funcionamento do aparelho e a realização do facto típico serem garantidos independentemente da existência ou inexistência de uma disponibilidade incondicional para o facto evidenciada pelo executor mediato. Só essa circunstância, possibilitada pela substituibilidade arbitrária dos executores, justifica que o domínio da vontade pertença a quem não intervém na prática do crime, quando esta é levada a cabo por um agente que mantém o domínio sobre o mesmo. Por isso também não se concorda com CONCEIÇÃO VALDÁGUA quando refere que “no plano axiológico, a posição de ROXIN só seria convincente se ele tomasse, pelo menos, plausível, a desigualdade de tratamento do agente mediato, nos casos que ele entende serem de autoria mediata por força do domínio da organização, por um lado, e nos casos de falta de fungibilidade do exe-

(17) ROXIN, *Autoria...*, cit., pp. 272 e 273.

(18) Cfr. *infra* o sentido a atribuir a este último requisito.

(19) Cfr. CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato?”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, p. 656.

(20) Este critério foi avançado por SCHROEDER, na obra *Der Täter hinter dem Täter*, publicada em 1965, que marcou, também decisivamente, o percurso tendente à afirmação da possibilidade de se reconhecer autoria mediata em situações em que o executor material é um sujeito penalmente responsável.

cutor (dentro do âmbito do aparelho organizado de poder), por outro”. É que não pode, como veremos, basear-se o domínio da vontade pelo agente mediato na ideia de que, quando um sujeito cria noutro a resolução de praticar o crime, há autoria mediata se este, expressa ou concludentemente, se compromete a não executar o facto se o “homem de trás” mudar de desígnio a esse respeito, restringindo-se, assim, correspondentemente, a instigação às situações em que falta essa subordinação voluntária. Tal delimitação afigura-se inaceitável e, ela sim, valorativamente infundada (21).

Por outro lado, não é legítimo considerar, na linha do sistema construído por JAKOBS, que a fungibilidade é “um dado naturalístico” irrelevante (22), nem pretender resolver os casos paradigmáticos de “domínio da organização” com recurso à via da co-autoria, com base na defesa de que o executor não actua, juridicamente, de modo automático, sendo o seu acto responsável exactamente o oposto a um funcionamento automático. Para igual responsabilidade jurídica dos autores só seria possível uma equiparação por via da co-autoria. Esta solução, que reeleva o princípio da responsabilidade a obstáculo à imputação do facto a um “homem da retaguarda” quando o “homem da frente” é também ele responsável, possibilita, é certo, ao atingir os verdadeiros responsáveis pelo facto, resultados práticos axiologicamente válidos, mas não é dogmaticamente aceitável, como insistentemente tem demonstrado ROXIN. O mesmo se dirá, naturalmente, e apesar das diferenças do sistema de comparticipação que concebe, da posição de JESCHECK, para quem “a pessoa que ocupa a posição central na organização é co-autora precisamente porque domina a organização”, sendo impossível afirmar a autoria mediata quando o agente material é plenamente responsável (23) (24)

(21) Cfr. *infra* n.º 5 a crítica à posição de CONCEIÇÃO VALDÁGUA.

(22) *Derecho Penal, Parte General — Fundamentos y Teoría de la Imputación* (trad. cast.), Madrid, 1995, p. 783.

(23) JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal — Parte General* (trad. cast.), 5.ª edição, Granada, 2002, p. 722.

(24) ROXIN, nos seus diversos escritos sobre a matéria, afasta a solução da co-autoria, por não se ater aos factos, com base em três argumentos essenciais, que melhor se analisarão a propósito da aplicabilidade da co-autoria à criminalidade de empresa (a falta de acordo comum, a falta de execução comum e a estrutura vertical característica das situações que configura como casos de autoria mediata por “domínio da organização”). A rejeição da solução da co-autoria não conduz, todavia, a afirmar a existência de mera instigação. Embora do ponto de vista rigorosamente estrutural se possa considerar que esta solução é preferível à da co-autoria, dada a estrutura vertical da criminalidade desenvolvida no âmbito das organizações em causa, a verdade é que ela é tão pouco conforme aos factos como aquela, desconsiderando que quem emite as ordens no contexto destas organizações domina o sucesso do acontecimento de modo radicalmente diferente do que sucede com o instigador: aquele que dá a ordem faz muito mais do que criar no subordinado a decisão de cometer o facto, a qual nem sequer releva sob a perspectiva de realização global do plano criminoso, já que se um dos subordinados se recusar a cometer o delito, logo outro

Só a desconsideração dos diferentes pressupostos de que decorre o domínio do facto pelo agente material e pelo “homem da retaguarda” explica que se negue a possibilidade de se configurar uma responsabilidade, a título de autoria, simultaneamente daquele que emite as ordens e instruções no seio da organização (como autor mediato) e daquele que as executa materialmente (como autor material). “Dado que o domínio da acção do executante e o domínio da vontade do agente anterior decorrem de pressupostos diferentes, podem perfeitamente coexistir (...): o executante domina o facto concreto com a sua própria actuação (domínio da acção), e o homem de trás domina-o através do domínio sobre a organização (domínio de organização) que o torna independente da individualidade do executante” (25).

A defesa da autoria mediata por “domínio da organização”, com base na fundamentação avançada, não esconde, é evidente, as dificuldades que a figura envolve, desde logo no que respeita à definição das suas fronteiras e, portanto, ao seu âmbito de aplicação. O problema põe-se, com particular relevo, quanto ao requisito, tradicionalmente apresentado, da desvinculação do Direito, conforme veremos. Ora, é precisamente no contexto das dúvidas suscitadas pelos contornos dogmáticos e a extensão da figura do “domínio da organização” que se integra o problema da criminalidade de empresa tal como o perspectivamos, indagando-se da possibilidade de recurso à construção roxiniana como instrumento adequado à imputação da responsabilidade nesse âmbito e ponderando-se as soluções alternativas.

4. Interessa, a este propósito, recordar a distinção entre *criminalidade de empresa* e *criminalidade na empresa* (26), à qual poderá acrescentar-se a situação mais grave da *empresa ilícita* (27). A *criminalidade de empresa* é entendida como o conjunto dos crimes económicos cometidos a partir de uma empresa, ou, rigorosamente, através de uma actuação para uma empresa e em que se lesam

se lhe substituirá, sem que essa mesma realização seja posta em causa. Também deve rejeitar-se a solução segundo a qual, nas situações que se considera de “domínio da organização”, se está perante meras autorias paralelas, pois a “imbricação das distintas acções dentro da maquinaria organizada de poder exclui o fluir paralelo e sem vínculos de diversos cursos causais, que caracteriza a autoria paralela” (ROXIN, *Autoria...*, cit., p. 725).

(25) ROXIN, “Autoria mediata através de domínio de organização” (trad. J. Curado Neves), *Colóquio Internacional de Direito Penal: Criminalidade Organizada*, Universidade Lusfada, policopiado, Lisboa, 2002, p. 6.

(26) A distinção é formulada por SCHÜNEMANN, “Cuestiones...”, cit., pp. 529-531 e retomada pela generalidade dos autores que abordam, sob diferentes perspectivas, o problema da criminalidade de empresa.

(27) Cfr. LUIGI FOFFANI, “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, *Revista Penal*, n.º 7, Janeiro 2001, p. 57.

bens jurídicos e interesses externos, incluindo os dos respectivos colaboradores. Assim se marca a fronteira relativamente aos crimes económicos cometidos à margem de uma empresa e também em relação aos crimes cometidos dentro da empresa e contra ela ou por membros particulares contra outros membros particulares — estes últimos crimes consubstanciam a chamada *criminalidade na empresa*, a qual não oferece dificuldades dogmáticas particulares em face das regras comuns, contrariamente ao que sucede com a criminalidade de empresa. Esta, caracterizando-se pela inserção de condutas ilícitas no contexto de uma actividade e de uma política de empresa no mais lícita, deve, então, ser também demarcada do fenómeno da *empresa ilícita*, entendida como a “empresa heterodirigida por uma estrutura criminal a ela submetida” (28).

As três formas de criminalidade descritas integram-se no âmbito geral da criminalidade económica (29), cuja parte mais importante, tanto do ponto de vista prático, como do ponto de vista da teoria jurídico-penal e da política criminal, é constituída justamente pela criminalidade de empresa.

Esta assume-se, pois, como criminalidade económica (30), imediatamente remetendo para um problema com particular relevância para o tema em estudo: o das relações entre a criminalidade organizada e a criminalidade económica, problema tanto mais complexo quanto o conceito de criminalidade económica “se vem revelando de difícil ou impossível concretização” (31) e o de criminalidade organizada também não foi claramente delimitado nem pela criminologia nem pelo Direito Penal (32).

(28) LUIGI FOFFANI, “Criminalidad...”, cit., p. 57.

(29) “Criminalidade económica” é “uma expressão referida sobretudo à criminalidade dos comerciantes, com o que, por sua vez, não se quer dizer que todos os ‘comerciantes’ ou a ‘economia’ sejam criminais” (TIEDEMANN, “La criminalidad economica como objeto de investigacion”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 19, 1983, p. 171). Trata-se de um conceito de contornos relativamente pouco definidos e que levanta problemas particulares, que se foram assumindo, muito especialmente, como objecto de estudo da chamada “criminologia económica”, ciência das formas de aparecimento, das causas e dos autores dos crimes económicos, assim como do controlo social das actividades económicas. Esta apresenta uma análise útil também para o enquadramento da problemática da criminalidade de empresa em si. Sobre a distinção de um conceito amplo e de um conceito estrito de delitos económicos, cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho...*, cit., pp. 32-36.

(30) A criminalidade económica e, a par desta, a criminalidade ambiental (que se compreende na primeira, quando entendida em sentido amplo), constituem domínios em que os problemas da comparticipação assumem particular importância, porque, em consequência da “colectivização” da vida societária, os factos típicos frequentemente não são praticados por um só sujeito (cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 117).

(31) PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “A posição...”, cit., p. 605.

(32) A ponto de poder afirmar-se que “‘criminalidade organizada’ é o nome, com mais carga sugestiva do que efectivo significado semântico, do novo ‘fantasma’ que se cerra sobre a Europa” (L. FOFFANI, “Criminalidad...”, cit., p. 55).

É frequente afirmar-se que se constata uma “osmose substancial” entre estes dois fenómenos, “no sentido de que a criminalidade organizada é por natureza económica e de que a criminalidade económica é cada vez mais organizada. Na literatura criminológica dos Estados Unidos, e, como reflexo desta, também na discussão europeia (especialmente nos países germanófilos), o conceito de criminalidade organizada é empregue frequentemente como sinónimo de ‘enterprise crime’, considerando assim a busca do lucro indevido como característica essencial de qualquer actividade delitual organizada” (33). Trata-se, todavia, como nota FOFFANI, de uma afirmação “pouco selectiva”, que “não tem em conta que em determinadas realidades sociais e nacionais existe uma série de estruturas organizadas ilícitas que preexistem à (e prescindem da) influência que exercem sobre as actividades económicas; por outro lado, parece esquecer também que a criminalidade económica consubstancia um universo extremamente variado”, abrangendo, desde logo, os três fenómenos acima referidos (criminalidade de empresa, na empresa e empresa ilícita), pondo, deste modo, em evidência a importância de se proceder a semelhante delimitação. O problema das relações entre a criminalidade organizada e a criminalidade económica não deve, assim, ser equacionado em tais termos, excessivamente simplificadores.

Seja como for, são patentes as possíveis interferências da criminalidade organizada com o mundo da economia (34). Esta constatação recorda a afirmação da “questão da comparticipação como o tema por excelência de uma parte geral do Direito Penal relativo ao crime organizado” (35) e, mais que isso, contribui também, juntamente com a própria análise criminológica da criminalidade desenvolvida a partir da empresa, para chamar a atenção para a necessidade de se ponderar, neste campo, a aplicabilidade da autoria mediata por “domínio da organização”, pois que a área da criminalidade organizada, genericamente considerada, constitui o primeiro campo de expansão potencial da figura. ROXIN explica mesmo que “a validade desta concepção de autoria deve afirmar-se no fundamental para qualquer tipo de criminalidade organizada”, havendo apenas que, no caso concreto, “examinar exactamente se existiu a referida estrutura de domínio característica da autoria mediata. Tal deve ser especialmente destacado porque,

(33) LUIGI FOFFANI, “Criminalidad...”, cit., p. 56.

(34) A este propósito, cfr. também FOFFANI, “Criminalidad...”, cit., pp. 57 e ss., que analisa essas possíveis interferências entre criminalidade organizada e actividade económica, apresentando dois modelos diversos de perspectivação teórica do problema: o modelo da “instrumentalização” da economia e o modelo do “controlo” da economia.

(35) FIGUEIREDO DIAS, “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el ‘domínio de la organización’”, FERRÉ OLIVÉ e ANARTE BORRALLA (orgs.), *Delincuencia Organizada — Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, Huelva, 1999, p. 99.

por enquanto, não existe um conceito de criminalidade organizada juridicamente claro e com uma mínima capacidade de consenso” (36).

A referência ao problema da criminalidade organizada não deve, todavia, esconder que, verdadeiramente, o campo em que nos situamos, na análise da imputação da responsabilidade individual na criminalidade de empresa, é o dos factos típicos que são ordenados no contexto de uma empresa que actua de modo globalmente lícito, de acordo com regras legítimas de racionalidade económica. Aliás, só nessa medida o problema da criminalidade de empresa assume verdadeira autonomia.

II — PONTO DE PARTIDA METODOLÓGICO: OS “CENTROS DE DECISÃO” DA EMPRESA COMO “FIGURAS CENTRAIS”

5. A necessidade da análise dogmática da forma de imputação do facto aos dirigentes da empresa (que decidem a sua prática mas não participam na respectiva execução), concretamente a título de autoria, resulta (como decorre do que se vem dizendo) do reconhecimento, operado primeiro ao nível pré-jurídico ou ontológico, de que os dirigentes dominam de modo essencial a sua produção, sendo, conseqüentemente, os verdadeiros responsáveis (em sentido criminológico) (37) por ela.

A observação empírica do modo de funcionamento da empresa em geral e especialmente o estudo criminológico da criminalidade de empresa revelam que o domínio formal e social dos “centros de decisão” na empresa empurra os dirigentes para o centro do acontecimento típico, não sendo, portanto, a conduta puramente executiva, nesse contexto, a mais importante. Daí a pré-compreensão dos dirigentes como autores. É desta pré-compreensão que nasce — parece legítimo dizê-lo — o problema da criminalidade de empresa: procura-se não tanto determinar se estamos perante autoria, mas antes descobrir o enquadramento dogmático susceptível de a fundamentar materialmente. A discussão em torno da criminalidade de empresa é uma discussão que resulta, então, da tensão entre a necessidade prática e dogmática de se afirmar a autoria e a dificuldade em integrar a situação nas categorias tradicionais da comparticipação, às quais aparentemente escapa.

O ponto de partida metodológico é, portanto, esse: o reconhecimento dos elementos da cúpula como “figuras centrais”. Trata-se de fazer apelo ao ponto de

(36) ROXIN, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, FERRÉ OLIVÉ e ANARTE BORRALLÓ (orgs.), *Delincuencia...*, cit., pp. 197 e 198.

(37) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Responsabilidad...”, cit., p. 368.

partida metodológico de ROXIN, que fez assentar a delimitação da autoria face à participação no princípio orientador de que o autor é a figura central do acontecimento criminoso, correspondendo este conceito de “figura central” a um critério pré-jurídico de diferenciação claramente apreensível, a uma “ideia plástica, ancorada na consciência comum”, que fundamentalmente nos diz que os autores são as figuras principais do acontecimento criminoso, ao passo que os participantes se situam nas suas margens e têm neste um papel secundário — de tal maneira que, se for possível falar de uma “essência” prévia da participação, se dirá que ela está em o participante se apoiar na figura central do autor (é a ideia que tem expressão jurídico-positiva no conceito de acessoriedade) (38).

É evidente, como sublinha ROXIN (39), que assim não se diz quais os critérios de conteúdo a que há-de recorrer-se para preencher o conceito de “figura central”. Mas isso não deve levar a subestimar-se a importância deste ponto de partida. No caso concreto da criminalidade desenvolvida no contexto da empresa, o recurso à ideia de “figura central” como conceito pré-jurídico assume particular relevo, precisamente porque a natureza e a importância da intervenção dos “centros de decisão” se revelam ontologicamente incompatíveis com a desvalorização ou rebaixamento do seu papel ao de meras figuras acessórias ou secundárias.

Não deixaria, de facto, como mostra SILVA SÁNCHEZ, de “produzir perplexidade atribuir a qualificação de participante a quem domina de modo essencial o acontecimento típico” (40). Seria “absurdo, portanto, qualificar os que tomam as decisões e organizam a execução de um facto criminoso, mas que não tomam parte directa na execução, como meros instigadores (...) e, portanto, como participantes, e os que, de forma subordinada, o executam como verdadeiros [e exclusivos, acrescentamos] autores” (41).

Partindo do reconhecimento, ao nível pré-jurídico, de que os “centros de decisão” são as “figuras centrais” no facto típico, torna-se necessário, tanto do ponto de vista teórico como político-criminal, fundamental, já ao nível dogmático, a imputação do facto a título de autoria aos dirigentes, com recurso à teoria do domínio do facto, que aceitámos como pressuposto de base. O procedimento que assim se adopta afigura-se metodologicamente correcto. Na análise do problema concreto, poderá com justeza partir-se do conceito pré-jurídico de “figura central” para, a partir daí, se avançar para uma postura dogmática exacta. Impor-

(38) Cfr. ROXIN, *Autoría...*, cit., pp. 44 e ss.

(39) ROXIN, *Autoría...*, cit., p. 45.

(40) “Responsabilidad...”, cit., p. 369.

(41) MUÑOZ CONDE, “Problemas...”, cit., p. 77.

tante é tomar em consideração os cuidados a ter quando se recorre ao conceito de “figura central”, que não é susceptível de fundar directamente uma solução jurídica concreta. Tem razão CONCEIÇÃO VALDÁGUA quando afirma que “se não quisermos que o princípio orientador da ‘figura central’ perca toda a sua utilidade e toda a sua justificação no plano do Direito positivo, então [parece] correcto assentar em que não pode existir uma contradição flagrante entre a solução a que se chega ao traçar a fronteira entre autoria mediata e participação, por um lado, e o resultado que se obtém trazendo à colação aquela fórmula, bem como o critério de diferenciação pré-jurídico a ela ligado e o texto legal em que ela se apoia (...)” (42). Todavia, também é certo que a fórmula “figura central” não pode funcionar senão, precisamente, como ponto de partida metodológico e, em especial, como ponto de partida da interrogação sobre o fundamento do domínio do facto dos dirigentes da empresa. Ela tem, como nota ROXIN, um carácter sugestivo, no qual não pode confiar-se.

6. A desvalorização dos perigos deste “carácter sugestivo” leva, por vezes, a soluções duvidosamente coerentes com o sistema global da comparticipação criminosa. Exemplo disso mesmo são os problemas levantados por casos-limite (situados fora da criminalidade de empresa) que testam as fronteiras entre a instigação e a autoria e que põem em relevo o perigo do recurso directo à ideia de “figura central”. Por paradigmáticas podem ter-se as situações que CONCEIÇÃO VALDÁGUA configura como de autoria mediata (em virtude da subordinação voluntária do agente material à decisão do “homem de trás”) e que realmente consubstanciam, a nosso ver, situações de instigação. Só aparentemente está no centro do acontecimento criminoso a pessoa que, dolosamente, incute noutra a resolução de praticar um determinado facto punível, em cuja execução a primeira não quer tomar parte, ainda quando o agente imediato tenha aceite, expressa ou tacitamente, fazer depender a execução do facto da inexistência de uma posterior mudança de desígnio do agente da retaguarda. Não pode, na verdade, afirmar-se que a solução da autoria mediata “seria também aquela a que Roxin chegaria em relação a esses casos, se se mantivesse fiel ao seu princípio orientador, segundo o qual é autor só aquele, mas também todo aquele que for a ‘figura central’ do acontecimento criminoso” (43).

Nos casos de ajuste, acordo ou pacto criminoso, tal como nos casos da ordem tendente ao cometimento do crime, e ainda do pedido, da promessa ou da

(42) “Figura central, aliciamento e autoria mediata — Contributo para uma crítica intra-sistemática da doutrina de Claus Roxin sobre a delimitação da autoria mediata face à participação, no âmbito dos crimes de domínio”, *Direito e Cidadania*, Ano IV, n.º 12/13, 2001, p. 112.

(43) CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “Figura central...”, cit., p. 117.

dádiva (44), a subordinação voluntária do executor à decisão do “homem de trás” atribuir-lhe-ia o poder de planear e dirigir, em larga medida, o processo causal, colocando-o no centro do acontecimento criminoso e atribuindo-lhe, assim, o domínio do facto.

A ideia da “subordinação voluntária” justifica, é certo, particulares dificuldades (45), mas não permite afirmar a autoria mediata do agente da retaguarda, pois assim se esquece o reverso da situação, que é o “homem de trás” depender decisivamente da vontade do “homem da frente” e se apoiar nele nos moldes próprios do participante. Ele não tem, com efeito, o “domínio da vontade”,

(44) São estas as situações consideradas como de “autoria mediata através da subordinação voluntária do executor material à vontade do agente mediato” (CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “Autoria mediata...”, cit., pp. 651 e ss.). A posição agora assumida por CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “Autoria...”, cit., p. 665, que expressamente afirma que a subordinação voluntária do executor material “bem poderia substituir, no sistema de Roxin, o domínio da vontade em virtude do domínio da organização, pois abrange, além de outros, todos os casos a que esta categoria roxiniana se aplica”, corresponde a uma alteração, por um lado, e a uma ampliação, por outro, da posição que defendia em “Figura central...”, cit., pp. 101 e ss. Afirmava aí a Autora que o aliciamento através de ajuste (a que seria equiparável a promessa, quando a proposta dirigida ao executor fosse aceite com conhecimento do “sujeito de trás”) consubstanciava uma quarta forma de domínio da vontade, ao lado das situações de domínio em virtude de erro, de coacção e de “aparelhos organizados de poder”. No caso de aliciamento através de ajuste, o “homem de trás” teria o domínio do facto porque o aliciado põe nas sua mãos a decisão final, derradeira, sobre o cometimento do delito. Da relação sinalgmática estabelecida resulta que se o aliciador mudar de desígnio e comunicar ao aliciado que não satisfará a prestação acordada, este não cometerá o crime. Estava já em causa, aqui, a ideia de subordinação voluntária (tão-somente nos casos de ajuste), mas esta não daria mais do que origem a uma quarta categoria de autoria mediata, ainda sem pretensão de substituir em geral a figura do “domínio da organização”.

(45) Um bom exemplo dessas dificuldades, evidenciadas sobretudo nas situações de ajuste ou pacto criminoso, é o caso “Meia Culpa”, objecto do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 1999: foi dado como provado que o arguido A abordou o arguido B propondo-lhe que destruísse, nos moldes que planeava, o estabelecimento “Meia Culpa”, mediante o pagamento de determinada quantia. Como não conseguia executar sozinho a tarefa, B contratou, por indicação de A, outros indivíduos, que conjuntamente levaram a cabo o facto típico. A primeira instância considerou A instigador, mas o STJ veio a afirmá-lo autor mediato por deter “a vontade decisiva do desencadeamento da acção criminoso, delineando, nos aspectos essenciais, os seus precisos contornos” e por a ele pertencerem “toda a concepção e idealização da acção”, sendo ele “a inteligência e a vontade da acção”. A solução da instigação (“instigação em cadeia” — sobre a respectiva admissibilidade, cfr. JOÃO RAPOSO, “A punibilidade nas situações de ‘instigação em cadeia’”, O Direito, ano 133, 2001) afigura-se correcta. Nesse sentido, cfr., por exemplo, CATARINA SÁ GOMES, em comentário àquele acórdão (*Casos e Materiais de Direito Penal*, MARIA FERNANDA PALMA (coord.), 2.ª edição, pp. 393 e ss.): o facto de ter planeado com algum pormenor o crime naturalmente não funda a autoria mediata e ter a vontade decisiva de desencadear a acção é o papel do instigador. Por outro lado, o poder de travar a prática do facto, ao contrário do que defende CONCEIÇÃO VALDÁGUA, não basta para o “domínio da vontade” pelo “homem de trás”.

o qual continua a pertencer ao executor concreto. O princípio da auto-responsabilidade serve, aqui sim, de verdadeira barreira à imputação do facto. É diferente a situação na autoria mediata por “domínio da organização”: nesta, a fungibilidade do executor, inerente ao automatismo de funcionamento do aparelho, assegura que o “homem de trás” não tem que delegar a realização do crime à vontade do executor individualmente considerado, a qual não releva na concretização do plano global. É, mais uma vez, esta especificidade do critério da fungibilidade que explica que aquele princípio não obste ao reconhecimento de um “autor atrás do autor”. Qualquer solução diferente seria incoerente ou destruiria mesmo o sistema global da comparticipação criminosa.

Há, pois, que rejeitar a ideia de que o sujeito que cria noutra a resolução criminosa é a “figura central” e, em especial, autor (mediato) sempre que seja possível dizer que o agente imediato se compromete a não executar o facto se aquele mudar de desígnio. Uma das situações identificadas como de subordinação voluntária à decisão do “homem de trás” teria, não obstante, particular interesse na resolução do problema da criminalidade de empresa: trata-se, concretamente, do caso em que actuação do agente da retaguarda sobre o agente imediato se configura como uma ordem para o cometimento do delito — seria aí “claro que quem acata uma ordem para cometer um crime e toma, portanto, a resolução criminosa para obedecer à ordem, está, do mesmo passo, a manifestar, pelo menos de forma concludente, que acatará uma eventual ordem posterior de sinal contrário, proveniente da mesma pessoa, se tiver atempadamente conhecimento dela” (46), de tal maneira que estaríamos perante autoria mediata. Se uma concepção como esta fosse de aceitar, haveria que reconhecer a possibilidade de se imputar, por esta via, a responsabilidade a título de autoria aos dirigentes da empresa e teríamos mesmo que negar a autonomia do problema da criminalidade de empresa: bastaria a emissão da ordem de conteúdo criminoso para que pudesse afirmar-se a autoria mediata dos dirigentes, sem que a interferência da estrutura organizativa em causa colocasse qualquer dificuldade particular.

Seja como for, feita a advertência para os perigos do “carácter sugestivo” do conceito de “figura central”, nenhum obstáculo se coloca a tomá-lo como ponto de partida da interrogação sobre o fundamento dogmático concreto do domínio do facto dos “centros de decisão” da empresa, assim se afastando, pelo menos provisoriamente, a solução da instigação, dado o papel secundário desempenhado pelo instigador ser, pois, ontologicamente incompatível com a natureza da intervenção daqueles (47).

(46) CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “Autoria...”, cit., p. 664.

(47) A solução da instigação é defendida por ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, “Criminalidad...”, cit., pp. 117 e ss., que, todavia, não deixa de reconhecer que ela é criticável do ponto de vista polí-

III — A AUTORIA DOS DIRIGENTES DA EMPRESA: OS DIRIGENTES E O SUBORDINADO QUE EXECUTA O FACTO COMO CO-AUTORES

7. Uma posição que tem ganho consistência na análise do problema da criminalidade de empresa é a que defende que os dirigentes que tomam a decisão⁽⁴⁸⁾ e o executor material do crime, situado num nível inferior da cadeia hierárquica, têm um domínio do facto conjunto, no sentido de “domínio funcional do facto”, apesar de aqueles não participarem na execução. A defesa desta solução assenta fundamentalmente — diríamos mesmo que exclusivamente — na rejeição de um conceito de co-autoria estritamente vinculado ao de co-execução: “se o fundamento da co-autoria [escreve MUÑOZ CONDE] é o chamado domínio funcional do facto, o importante não é só a intervenção na execução do delito, mas também o controlo ou domínio do facto que o indivíduo tenha quanto à realização do mesmo, ainda que não intervenha na sua execução estritamente considerada”, de tal maneira que “uma consideração formalista, estritamente vinculada à realização da acção executiva conduz (...) a uma restrição inaceitável do conceito de co-autoria, deixando fora do seu âmbito intervenções pessoais tão graves e directamente lesivas do bem jurídico como a própria realização executiva”⁽⁴⁹⁾. Sob esta perspectiva, ajusta-se melhor ao conceito de domínio funcional do facto uma concepção material, que tome em consideração uma valoração global ou totalizadora do significado dos diferentes contributos para o facto, do ponto de vista da sua relação de imediação temporal e espacial com a acção executiva em si. E se em relação aos crimes contra a vida, a liberdade sexual ou contra a propriedade, por exemplo, a exigência de que o co-autor intervenha na fase executiva ainda pode ter algum sentido, devido à diferente relevância das fases preparatória e executiva do delito, e porque, neles, a execução propriamente dita tem um desvalor ético-social específico ou adicional, já no caso dos crimes praticados no âmbito empresarial essa exigência careceria em absoluto de sentido, por as funções decisórias e organizativas serem juridicamente e, inclusive, social e economicamente mais importantes que as funções executivas⁽⁵⁰⁾. Deste modo, a acção executiva na criminalidade de empresa teria

tico-criminal. Devido ao carácter subsidiário que assume, só haverá que afirmar a instigação se concluirmos pela impossibilidade de se atribuir o facto aos dirigentes a título de autoria.

(48) Não se aborda a questão do voto contra e da abstenção nas deliberações colegiais.

(49) MUÑOZ CONDE, “Problemas...”, cit., p. 67.

(50) MUÑOZ CONDE, “Problemas...”, cit., pp. 68 e 77.

“outro significado, pois não é mais do que pôr em marcha a decisão de um homem de trás que é aquele que realmente a controla e domina e assim tornaria legítimo afirmar que a solução da co-autoria “é a única que pode explicar o sentido e o significado jurídico-penal de uma votação no âmbito da cúpula ou Conselho de Administração de uma empresa” (51).

8. Uma concepção como esta não pode, todavia, ser aceite. O que caracteriza a estrutura da co-autoria em geral é os co-autores compartilharem o domínio do facto, nos termos de um (co-)domínio funcional, porque, para ambos, só é possível realizar o seu plano actuando conjuntamente, mas cada um, em separado, pode anular o plano comum, retirando o seu contributo. Cada co-autor tem o domínio não apenas sobre o próprio comportamento mas sobre todo o facto justamente porque, em virtude do carácter indispensável da tarefa que tomou a cargo, pode fazer gorar a realização do crime, desde que omita a sua actividade. Nesse sentido, ele tem nas suas mãos o curso dos acontecimentos (52). Necessário é, para se afirmar a co-autoria, que os sujeitos actuem por acordo (no sentido que veremos) e ainda, segundo nos parece, que intervenham na fase executiva do cometimento do delito. Torna-se, pois, possível distinguir um elemento subjectivo e um elemento objectivo da co-autoria. Por outro lado, é importante sublinhar que é característica central da co-autoria a “divisão do trabalho” e, sobretudo, portanto, a respectiva estrutura horizontal — a coordenação horizontal dos comportamentos permite, efectivamente, separar esta forma de autoria (realização do facto “por acordo ou juntamente com outro ou outros”) da autoria mediata, que se caracteriza pela respectiva estrutura vertical (“realização do facto por intermédio de outrem”) (53).

Só na medida em que esta estrutura da co-autoria, globalmente considerada, esteja presente nas situações típicas da criminalidade de empresa poderá defender-se o recurso a esta forma de domínio do facto para resolver os problemas que nesse âmbito surgem. Ora, há três aspectos que são decisivos no afastamento da co-autoria: a exigência da intervenção na fase executiva, a necessidade do acordo comum, e, sobretudo, em termos gerais, a estruturação horizontal dos comportamentos essencial a esta forma de participação. Assim se vê, então, a insuficiência da argumentação favorável à tese da co-autoria. É que quem rejeite, como nos parece que é de rejeitar, a co-autoria quando não haja intervenção na fase executiva, tem aí uma primeira razão para afastar essa solução. Precisamente o que caracteriza a criminalidade de empresa é a cisão entre res-

(51) MUÑOZ CONDE, “Domínio...”, cit., p. 106.

(52) Cfr., especialmente, ROXIN, *Autoria...*, cit., pp. 305 e ss.

(53) Cfr. o artigo 26.º do Código Penal português.

ponsabilidade e acção, decorrente de os dirigentes da empresa não praticarem qualquer acto de execução do crime pelo qual são os principais responsáveis. Mas esta é apenas uma primeira razão — não é a única e, portanto, não é decisiva — para que se deva rejeitar a via da co-autoria, pois que, independentemente da exigência ou não da prática de actos de execução, o respectivo modelo não se cumpre.

9. Ainda assim, o problema da intervenção na fase executiva não deixa de assumir relevo particular neste contexto. Ora, contra o que defende especificamente a propósito da criminalidade de empresa MUÑOZ CONDE e, em geral, sobretudo STRATENWERTH, deve entender-se que só a posição que exige a prática de actos de execução pelo co-autor é verdadeiramente coerente com o fundamento da co-autoria (o domínio funcional do facto).

9.1. Um primeiro argumento, que não nos parece de aceitar, por vezes apontado a favor da necessidade de intervenção na execução, é a própria letra do artigo 26.º do Código Penal, que exige que o co-autor tome parte directa na execução do crime. CONCEIÇÃO VALDÁGUA, por exemplo, entende que o legislador português, ciente da polémica na Alemanha nesta matéria, quis estabelecer de modo inequívoco que não pode ser punido como co-autor aquele cuja execução se processa toda ela na fase dos actos preparatórios, seja qual for a sua importância para a realização do plano criminoso. O entendimento de que a actuação do co-autor pode limitar-se à fase dos actos preparatórios não teria na letra da lei aquele “mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso” e só poderia basear-se numa aplicação analógica que, por muito boas que fossem as razões invocadas a seu favor, seria sempre vedada pelo princípio da legalidade⁽⁵⁴⁾. Todavia, o argumento não pode ter-se, em absoluto, por decisivo, havendo antes que reconhecer que, na medida em que não se prescindia de uma relação de imediação temporal e espacial com a execução propriamente dita, e, portanto, na medida em que não se defendia uma concepção material completamente desvinculada da fase executiva, a letra do artigo 26.º não se oporá à dispensa da prática de actos de execução, se porventura se puder concluir que essa solução é conforme ao fundamento da co-autoria, que naturalmente é determinante na *ratio legis* do artigo 26.º do Código Penal. Estaremos, nesse caso, ainda dentro dos limites da interpretação permitida.

O que parece seguro é que a letra desta disposição afasta radicalmente uma concepção como a de JAKOBS, na medida em que esta abdica de qualquer rela-

(54) *Início da Tentativa do Co-autor — Contributo para a teoria da imputação do facto na co-autoria*, Lex, Lisboa, 1993, pp. 119-122.

ção de imediação com a fase executiva do delito⁽⁵⁵⁾. Distinguindo o domínio do facto formal e o domínio do facto material, abrangendo este o “domínio da decisão”, por um lado, e o “domínio da configuração”, por outro, entende o Autor que a co-autoria se verifica sempre que se distribuem os contributos necessários para o facto pelos vários intervenientes, inclusivamente quando apenas um ou alguns exercem uma das formas de domínio do facto em causa. Pode haver co-autoria sem intervenção na fase executiva e, portanto, sem domínio do facto formal. Porém, quando falta a intervenção no domínio do facto formal (a execução pelas próprias mãos) falta também o domínio da decisão, pois é o executor (não subordinado) que decide se se realiza ou não o facto. Mas há intervenção do sujeito no domínio da decisão quando “mediante promessas, represálias, etc.” ele guia a motivação do executor até à execução, sem que essa influência ganhe a dimensão necessária para a autoria mediata. Aqui o não executor intervém no domínio material na vertente de domínio da decisão, mas em menor medida que o executor. Simplesmente, este *minus* no domínio da decisão pode ser compensado por um *plus* no domínio material do facto por domínio da configuração, que se exerce no estágio da preparação⁽⁵⁶⁾. E, portanto, o domínio do facto pode resultar de contributos prestados na fase preparatória, sem que se exija qualquer contributo essencial para a fase executiva propriamente dita.

Além de incompatível com a letra da lei, esta concepção, como explica ROXIN, leva a que a delimitação entre autoria e participação fique envolta de clara indefinição. Perguntar-se-á, na realidade, que *plus* de intervenção na preparação compensa o *minus* de domínio do facto na execução. Por outro lado, parece que se transforma participação em autoria ao fazer ascender a esta última acções de determinação do facto que não são suficientes para se poder afirmar a autoria mediata e que deviam ser reconhecidas simplesmente como instigação, em vez de se recorrer à co-autoria. Bem se pode, por isso, dizer que a co-autoria se converte, por esta via, numa espécie de “autoria mediata de segunda ordem”⁽⁵⁷⁾.

9.2. É essencial, assim, a existência de um contributo objectivo para o facto na fase executiva. A questão está em saber em que termos se tem que verificar esse contributo para se poder afirmar o domínio funcional do facto⁽⁵⁸⁾, con-

(55) Cfr. JAKOBS, *Derecho...*, cit., pp. 717 e ss., e, especialmente, pp. 741 e 742.

(56) JAKOBS, *Derecho...*, cit., pp. 749-753.

(57) Cfr. ROXIN, *Autoría...*, cit., p. 737.

(58) Escreve STRATENWERTH, *Strafrecht — Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4.^a edição, Munique, 2000, p. 324, que “é praticamente indiscutido que se exige para a co-autoria não apenas uma decisão comum do facto mas também um contributo objectivo para o facto. A divergência de opiniões limita-se às formas que esse contributo pode assumir”. Na mesma linha, afirma

cretamente se é necessária a prática pelo sujeito de actos de execução, ou se esta é uma visão formalista que conduz a uma restrição inaceitável do conceito de co-autoria, como entende MUÑOZ CONDE, podendo um contributo prestado na fase preparatória ter uma repercussão de tal maneira decisiva na execução que é susceptível de atribuir ao sujeito aquele (co-)domínio funcional do facto.

Ora, só a posição de Roxin, requerendo a intervenção do co-autor no momento do facto, sem que, todavia, seja necessária a presença no lugar em que este se desenrola ⁽⁵⁹⁾, se revela coerente com os termos em que o domínio funcional do facto deve ser definido. Para aferir a co-autoria, não basta atender aos efeitos que o contributo do sujeito tem na execução. Ainda que a intervenção na fase preparatória tenha uma repercussão essencial na execução, ela não é bastante para se afirmar o (co-)domínio funcional do facto. Isto é assim ainda no caso do “cérebro” do grupo, que elabora o plano criminoso, que atribui a cada executor a respectiva tarefa e que coordena a actuação de todos os participantes. STRATENWERTH, contrariamente, entende que o “cérebro” é co-autor mesmo que não intervenha senão na fase dos actos preparatórios: visto que o plano dá sentido ao comportamento dos vários intervenientes na execução e conforma os papéis individuais de cada um, o “planeamento e organização” fundamentaria o respectivo domínio funcional do facto. A situação seria distinta do mero fornecimento de ferramentas ou armas ou da indicação relativa ao momento oportuno para a prática do crime, por exemplo ⁽⁶⁰⁾, porque estas “não significam qualquer decisão sobre *se* e *como* o delito deve ser cometido, pelo que permanecem no âmbito da cumplicidade” ⁽⁶¹⁾, diferentemente do “planeamento e organização”, que assim seria susceptível de atribuir ao “cérebro” o domínio do facto.

Esse domínio funcional do facto existe, já o vimos, quando, por causa do carácter indispensável da actividade a cargo do indivíduo, ele pode fazer falhar o plano omitindo o seu contributo, dominando, dessa forma, todo o facto típico.

ROXIN, *Autoría...*, cit., p. 736, que entre a sua concepção, que exige uma intervenção no *momento* da execução, e a de STRATENWERTH, que atende antes aos *efeitos* do contributo prestado sobre a execução (*Strafrecht...*, cit., pp. 325 e 326), existem apenas “diferenças insignificantes sobre um fundo de coincidência básica”.

⁽⁵⁹⁾ *Autoría...*, cit., p. 736. O co-autor pode prestar o seu contributo através de telemóvel, rádio ou através de intermediários, por exemplo.

⁽⁶⁰⁾ Em crítica à posição de STRATENWERTH, ROXIN, *Autoría...*, cit., p. 736, declara que ela lhe parece aventurosa, já que são muitos os contributos na fase preparatória (procurar o veneno, dar a informação decisiva, procurar a ocasião mais oportuna, etc.) que perduram até ao final do facto e nessa medida conformam decisivamente a execução (sem por isso fundamentarem co-autoria) (...) Consequentemente, não se compreende o que tem de particular o planeamento e organização”.

⁽⁶¹⁾ STRATENWERTH, *Strafrecht...*, cit., p. 326.

Ora, alguém que só cooperou preparando não pode “dominar” realmente o curso do acontecimento criminoso: quando os sujeitos cooperam na fase executiva, com base na divisão do trabalho, o que sucede é que os contributos parciais se imbricam de tal modo que cada um depende do seu companheiro e o abandono de um faz fracassar o plano. Já quem só contribui na fase preparatória, por mais decisiva que seja a sua intervenção, mais tarde ou mais cedo vai ter que “deixar escapar das mãos” o facto e confiar a sua realização a outro ou outros ⁽⁶²⁾. Deve, pois, atribuir-se claramente razão a ROXIN: o domínio sobre a preparação não permite fundamentar o domínio sobre o facto.

Também o “cérebro” deixa escapar das mãos o facto. Certamente que sempre se poderia dizer que sem a sua cooperação aquele concreto facto típico, produzido daquela concreta forma, não teria tido lugar. Mas dizer isto não basta. Estaríamos, então, a remontar às teorias iniciais da autoria e à ideia de que autor é todo aquele que contribui (necessariamente) para a realização do facto. Por outro lado, a argumentação segundo a qual o plano é que dá sentido ao comportamento de cada um dos intervenientes na execução, configurando, simultaneamente uma decisão sobre *se* e *como* o crime vai ser praticado quase que se reconduz à antiga “teoria do acordo prévio”, utilizada para imputar os factos cometidos por outros a pessoas que não estavam presentes na sua execução, mas que tinham intervindo na sua preparação ou que pertenciam ao mesmo grupo que os seus executores.

Claro que MUÑOZ CONDE, por exemplo, considera que é precisamente o receio de se regressar a esta doutrina do acordo prévio (claramente incompatível com o artigo 26.º do Código Penal português) que justifica a exigência da prática de actos de execução. Uma vez superadas estas construções, a não intervenção nessa fase não impediria a qualificação como co-autores daqueles que controlam e decidem a concreta realização do crime, havendo que atender a uma “avaliação global e realista da fenomenologia criminal de algumas formas específicas de criminalidade” ⁽⁶³⁾. Só que, por um lado, o apelo a uma “avaliação global ou totalizadora” dos contributos prestados de acordo com o plano comum não permite esquecer que aquele que não intervém na execução (se não tem o domínio da vontade) necessariamente deixa escapar das mãos o facto típico, nos mesmos termos em que o faz o cúmplice ou o instigador, havendo que insistir que só o decisivo entrelaçamento das condutas na fase executiva é susceptível de atribuir ao sujeito o domínio funcional do facto. Por outro lado, não parece que possa argumentar-se que o requisito de que o co-autor intervenha também na fase executiva não pode ser entendido no âmbito da criminalidade de

(62) Cfr. ROXIN, *Autoría...*, cit., pp. 325 e ss.

(63) “Problemas...”, cit., p. 68.

empresa do mesmo modo que nos crimes clássicos (contra a vida, a liberdade ou a propriedade). Nestes, “a acção executiva [fundamentaria] sempre uma autoria directa, mas na criminalidade de empresa [teria] outro significado, pois não é mais do que pôr em marcha a decisão de um “homem de trás” que é quem realmente a controla e a domina” (64). É que se assim é, parece que estamos bem mais próximos da autoria mediata do que da co-autoria, sugerindo-se, com essa fórmula, que o domínio da vontade pertence justamente aos dirigentes da empresa, que assim actuarão “por intermédio” dos subordinados e não “por acordo ou juntamente” com eles. Além do mais, sendo claramente insuficiente a fundamentação da opção inversa, sempre será preferível encontrar uma solução unitária quanto à questão da necessidade da prática de actos de execução (65) (66).

(64) “Domínio...”, cit., p. 106.

(65) É evidente que com a posição que se assume quanto à intervenção do co-autor na fase executiva do delito se agudizam os problemas decorrentes da dificuldade de delimitação das respectivas fases preparatória e executiva (cfr. ROXIN, *Autoria...*, cit., pp. 334 e ss.). Esta distinção, já difícil quando existe um autor único, torna-se naturalmente muito mais complexa quando intervêm diversos participantes na realização do facto. Numa formulação rápida, dir-se-á que pertencem à fase executiva as acções que correspondem à realização formal do tipo e todas as formas de cooperação que integram o mesmo complexo de acção e se encontram numa relação de mediação com a acção típica. Só com este sentido se poderá aceitar que, para aferir o domínio funcional do facto, haja que atender ao significado dos distintos contributos para o mesmo sob uma perspectiva de “imediação temporal e espacial com a acção executiva propriamente dita”. Efectivamente, execução em comum não significa a acção principal de execução, mas a realização comum do facto típico, que supõe um conjunto de acções particulares compreendidas num certo contexto espaço-temporal, que têm como fim justamente a realização do facto em comum. Importante nesta mesma definição será ainda, apesar da maior complexidade apontada neste domínio, a elaboração doutrinária em tomo da delimitação entre actos preparatórios e tentativa.

(66) A questão da necessidade da prática de actos de execução deve ser resolvida, a nosso ver, com independência da questão do início da tentativa do co-autor, com ela relacionada. Por vezes aponta-se a favor da chamada “solução global” (cfr. sobre as soluções global e individual, CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início...*, cit. e, antes, “O início da tentativa do co-autor no Direito Penal alemão”, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Lisboa, 1988) que este modelo de solução teria a vantagem de ser neutral quanto ao problema em estudo. A este respeito, sempre será de notar que tem razão CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “O início...”, cit., pp. 49 e 50, quando aponta que a dispensa da prática de actos de execução e a configuração do “cérebro” do grupo como co-autor se ajusta mal a uma solução global. “Com efeito, se imaginarmos que todo o plano é descoberto logo que um dos participantes pratica o primeiro acto de execução, de modo que os outros, que só deveriam actuar mais tarde, não chegam a ter oportunidade de o fazer, não se compreende que, por um lado, estes sejam punidos como co-autores, embora não tenham prestado qualquer contributo executivo, e, por outro lado, aquele que tudo planeou e organizou seja considerado simples instigador ou cúmplice. Há aqui uma manifesta contradição de valorações”. De qualquer maneira, importante é perguntar, em termos objectivos, se o sujeito pode ter o domínio funcional do facto quando não intervém na fase executiva mas o seu contributo se repercute essencialmente sobre ela ou se, pelo contrário, é necessário para esse domínio funcional a intervenção no momento da execução. Se se chegar à conclusão (conforme entendemos) que só a exigência da prática de

10. Vimos já que a exigência da intervenção na fase executiva não assume carácter decisivo na rejeição da aplicabilidade da co-autoria às situações típicas de criminalidade de empresa, não havendo que afirmar essa solução ainda quando se prescindia do referido requisito.

É assim, desde logo, porque o artigo 26.º do Código Penal português impõe que o facto seja realizado “por acordo ou juntamente com outro ou outros”, entendendo-se esta exigência como indispensabilidade de uma “consciência e vontade plurilaterais de colaboração”, que substancialmente envolve um “*acordo respeitante à execução do facto, em conformidade com determinado plano comum, que tanto pode revestir-se de uma extrema simplicidade como ser altamente complexo, mas abrange sempre uma divisão de trabalho, uma repartição de tarefas entre os co-autores (...), fixando em que consistirá, quando, onde e como será prestado, por cada um, o respectivo contributo*” (67). Ao permitir que o facto seja realizado “juntamente” com outros (e não apenas “por acordo”), a disposição legal em causa vem tornar claro que não tem que existir um acordo prévio ou expresso. Os co-autores não têm que participar todos na elaboração do plano, podendo dar o seu assentimento a um plano traçado por outros, fazendo-o inclusivamente de modo implícito (nomeadamente através do “meter ombros à(s) tarefa(s) que o plano destina ao(s) co-autor(es) em causa”) (68).

actos de execução é conforme ao fundamento da co-autoria, e se, além disso, se concluísse que essa exigência só é realmente compatível com uma solução individual quanto ao início da tentativa do co-autor, então ter-se-ia que defender, em coerência, essa mesma solução individual. O que não se pode é fazer depender a solução relativa a um elemento constitutivo da co-autoria da questão do início da tentativa.

(67) CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início...*, cit., p. 127. O Código Penal português afastou, de forma clara, todas as concepções que se bastam com uma consciência e vontade unilaterais de colaboração, sendo, de facto, impossível afirmar-se que quando só um dos sujeitos tem conhecimento da intervenção do outro eles actuam “juntamente” um com o outro. Para JAKOBS, *Derecho...*, cit., pp. 745 e ss., seria suficiente, para preencher o elemento subjectivo da co-autoria, uma mera “decisão de ajustar-se” e, como afirma o seu discípulo Lesch (“Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?” (trad. cast.), Poder Judicial, n.º 57, p. 95) não seria mesmo necessária, para a co-autoria, a existência de vários coautores, mas tão-somente de vários autores. O carácter conjunto da resolução do facto surge associado à ideia de imputação objectiva dos diversos contributos para a realização do facto, sem que haja que atender a elementos subjectivos como a “resolução comum do facto”. Um exemplo de JAKOBS é revelador da divergência da solução que propugna face àquela que o Código Penal português impõe: A, sem que B o saiba, dá um soporífero à vítima, que vai ser agredida durante o sono, abrindo, em seguida, a porta para que B entre. Coloca ainda ao alcance deste um objecto com que ele possa praticar o crime e cria condições que evitem a entrada de outras pessoas. B, que de nada sabe e executa o crime, seria qualificado como autor único — da sua perspectiva não haveria qualquer facto conjunto. Já não é assim da perspectiva de A, que seria visto, por isso, como co-autor.

(68) CONCEIÇÃO VALDÁGUA, *Início...*, cit., p. 129.

Pergunta-se se, na criminalidade de empresa, o elemento subjectivo da coautoria, entendido neste sentido, está ou não preenchido: i.e., pretende saber-se se, quando os membros da cúpula dão uma ordem ou instrução que é executada por um subordinado situado nos escalões inferiores da hierarquia da empresa, há acordo comum ou, mais genericamente, se se pode dizer que o facto é realizado “juntamente” por dirigente(s) e subordinado(s).

10.1. A defesa de que a exigência do artigo 26.º está presente nas situações típicas da criminalidade de empresa parece-nos pensável em diversos termos, nenhum deles, todavia, susceptível de ser aceite. Em primeiro lugar, poderia invocar-se que, para haver acordo ou realização em conjunto, não é necessário qualquer contacto pessoal entre os intervenientes nem qualquer planeamento conjunto, bastando o acordo tácito. Esta ideia é por vezes desenvolvida para fundamentar a aplicação da solução da co-autoria aos casos que configuramos como de domínio da vontade por “domínio da organização” em geral e, portanto, no quadro de organizações desvinculadas do Direito (69).

Porém, se é realmente bastante, como vimos, o acordo tácito e se não é, pois, necessária a intervenção de todos os co-autores na definição de um plano comum, justamente esse “acordo tácito” falta aqui. O que se verifica nas situações típicas da criminalidade de empresa é que ordens ou instruções provenientes da cúpula são levadas materialmente a cabo — e nesse sentido aceites — por um ou mais funcionários situados num nível inferior da cadeia hierárquica. A conjugação de vontades, que naturalmente se identifica quando o subordinado acata uma ordem que lhe é transmitida, não pode ser qualificada como “resolução conjunta”: nomeadamente, ela não tem o sentido de um acordo, concludentemente formado, entre aquele que emite e aquele que executa a ordem, que — recorde-se — está substantivamente subjacente, à ideia de “consciência e vontade plurilaterais de colaboração”. Defendendo a solução contrária estaríamos, implicitamente, a admitir essa mesma “resolução conjunta” sempre que uma ordem ilícita fosse aceite e executada: ora, se fosse verdadeiramente possível afirmar que há execução “por acordo ou juntamente com outro ou outros” quando o facto é meramente praticado no cumprimento de uma ordem, bem se vê que desapareceriam as fronteiras entre a co-autoria e a instigação, consequência esta que se

(69) Cfr. ROXIN, “Autoria mediata...”, cit., p. 6. A propósito dos aparelhos de poder que actuam à margem do Direito, escreve este Autor: “Baumann/Weber ensinam que a co-autoria não impõe qualquer contacto pessoal entre os intervenientes nem um planeamento conjunto; basta o “acordo tácito”. Mas tal alarga desmesuradamente a co-autoria, quando aplicado à constelação de circunstâncias aqui em causa. A execução do plano de um desconhecido, num momento que este desconhece e em local que também desconhece não pode ser considerada execução conjunta”.

revela tanto mais inaceitável quanto se atenda à diferença de estrutura (horizontal/vertical) entre estas duas formas de participação.

Evidentemente que se poderia ainda invocar, de modo similar, a ideia de que “o executante faz concludentemente seu o plano criminoso”. Simplesmente sempre se insistirá que a adesão a uma resolução, nos termos do cumprimento de uma ordem, não pode bastar para afirmar o “acordo comum”, mesmo entendido este no sentido amplo que a lei penal portuguesa lhe atribui. A referida convergência de vontades identificada perante o cumprimento da ordem não tem, pois, mais do que precisamente esse sentido de obediência à ordem.

9.2. Entre aquele que ordena e aquele que executa há, na empresa, nas situações típicas em análise, uma distância paralela à “distância espacial, temporal e hierárquica” de que o BGH fala a propósito dos aparelhos de poder situados à margem do Direito ⁽⁷⁰⁾, a qual está na origem do mencionado fenómeno da “cisão, típica na empresa, entre responsabilidade e acção” ⁽⁷¹⁾ e que precisamente toma tão complexo o processo de imputação da responsabilidade pelos crimes praticados no âmbito empresarial. Ora, esta “distância” contraria a exigência de acordo comum e impede-nos de falar de uma “posição síncrona e paralela” ⁽⁷²⁾ de dirigente e subordinado, que caracterizaria a sua co-autoria. “Geralmente (...), o que ordena e o que executa não se conhecem. Em qualquer caso, não decidem nada conjuntamente nem tão-pouco se sentem situados ao mesmo nível. O que actua executa uma ordem. Tal é precisamente o contrário de uma resolução conjunta ⁽⁷³⁾. Nestes termos, pretender afirmar que dirigente e subordinado actuam em conjunto, mais que ignorar, é forçar o significado dos fenómenos concretos da realidade: dar uma ordem e cumprir uma ordem não torna — podemos repeti-lo — os sujeitos co-autores, sendo certo que o apelo à ideia de “acordo tácito” ou de “aceitação do plano” não esconde que precisamente o que temos na criminalidade de empresa é esse cumprimento de ordens ou instruções provenientes da cúpula, com as especificidades decorrentes da inserção num contexto organizativo empresarial com características próprias.

Mais plausível nos pareceria afirmar, como JESCHECK defende perante os aparelhos de poder à margem do Direito (numa solução que teria, contudo, por maioria de razão, aplicação à criminalidade de empresa) que o carácter comum

⁽⁷⁰⁾ A esse propósito, cfr., por exemplo, KAI AMBOS e CHRISTOPH GRAMMER, “La responsabilidad...”, cit., p. 29, e Teresa Serra, “A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder”, RPPC, Ano 5, Fasc. 3-4, Julho-Dezembro 1995.

⁽⁷¹⁾ Cfr. *supra* n.º 2.

⁽⁷²⁾ ROXIN, “Autoria mediata...”, cit., p. 7, e “Problemas...”, cit., p. 195.

⁽⁷³⁾ ROXIN, “Problemas...”, cit., p. 194, a propósito dos casos clássicos de “domínio da organização”.

da resolução é estabelecido pela “pertença à organização”, ou melhor, pela “consciência de dirigente e executor de que um facto concreto, ou vários factos do mesmo género, hão-de realizar-se segundo as instruções da direcção” (74). Aqui, tendo em conta a letra do Código Penal português, não é inteiramente decisiva a contra-argumentação de Roxin segundo a qual “‘a consciência de que...factos...hão-de realizar-se segundo as instruções da direcção’ continua a não ser uma resolução conjunta”. Na verdade, poderia dizer-se que a exigência do artigo 26.º de que os co-autores actuem por acordo ou juntamente com outro ou outros tem somente um sentido de unificação dos comportamentos dos sujeitos, afastando-se a existência de meras autorias paralelas, sendo essa unificação aqui resultante da própria vinculação organizativa dos intervenientes. Ou seja, a organização que dá sentido ao facto bastaria para estabelecer a própria actuação “juntamente” com outros.

Ainda este argumento não se afigura procedente. Afirmar que a integração na empresa consubstancia a execução “juntamente” com outros, imposta pelo artigo 26.º do Código Penal, significa uma clara formalização do elemento subjectivo da co-autoria, conduzindo a uma expansão inadmissível desta forma de domínio do facto, à qual tenderiam a ser elevadas inclusive condutas que rigorosamente são de mera instigação. Assim se tende, com efeito, a criar condições para identificar a co-autoria na generalidade dos factos típicos praticados no âmbito da empresa, sem que verdadeiramente se indague do real carácter conjunto da realização do facto. É nesse sentido que se deve atribuir razão a ROXIN quando afirma que a concepção de JESCHECK “significa realmente renunciar à resolução conjunta do facto, que requer muito mais que a mera pertença à organização” (75) (76).

É certo, como bem aponta JAKOBS, que “só mediante a conjugação de quem

(74) JESCHECK / WEIGEND, *Tratado...*, cit., 722.

(75) *Autoria...*, cit., p. 725.

(76) TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pp. 120 e 121, referindo a tendência “especialmente actual” da jurisprudência do BGH de aplicar à empresa a construção da autoria mediata por “domínio da organização” (admitindo assim uma extensão “muito contestada” da figura), afirma que uma solução alternativa é oferecida precisamente por um alargamento da co-autoria a casos de falta de decisão comum, pertencendo os sujeitos à mesma empresa, retomando a ideia apresentada por CHRISTOPH KNAUER. KNAUER, tratando o problema das deliberações colegiais no Direito Penal sob a perspectiva das relações entre causalidade e comparticipação, admite que “em geral pode renunciar-se à exigência (nem sequer indicada na lei) de uma decisão conjunta para o facto em casos de co-autoria devido à pertença de todos os participantes a uma e à mesma empresa” (*Kollegialentscheidung im Strafrecht*, Munique, 2004, cit. por TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., p. 90). A integração dos sujeitos na empresa não preenche, porém, nos termos expostos, a exigência formulada expressamente pelo artigo 26.º do Código Penal português de que o facto seja realizado “por acordo ou juntamente com outro ou outros”.

emite a ordem e de quem a executa se pode interpretar um facto singular do executor (...)” (77), mas esta constatação não permite senão afastar a existência de meras autorias paralelas, não sendo susceptível, em si, de conduzir à co-autoria. Também no caso da autoria mediata (*maxime* por “domínio da organização”) a conjugação dos comportamentos do “homem de trás” e do “homem da frente” é decisiva nessa mesma interpretação.

Além do mais, repare-se que se aceitarmos o ponto de vista exposto não poderá já negar-se razão a JESCHECK quando invoca o mesmo argumento para apoiar a imputação do facto, a título de co-autoria, aos decisores no âmbito dos Estados totalitários e, em geral, das organizações que operam como um todo à margem do Direito. Se efectivamente entendermos que o elemento subjectivo está preenchido na criminalidade de empresa, porque dirigente e subordinado se integram numa mesma organização empresarial ou porque existe uma recíproca consciência de que um ou mais factos típicos serão realizados de acordo com as ordens e instruções do primeiro, então, coerentemente, teremos que afirmar que o mesmo sucede naqueles outros casos, a que considerámos já aplicável a figura da autoria mediata por “domínio da organização”. Correspondentemente, assumiria nova relevância a afirmação de JAKOBS de que “a construção da autoria mediata é nociva, porque (...) encobre a vinculação organizativa de todos os intervenientes, nem sempre forçada, até a converter num ‘fazer comum’” (78).

11. Concluimos, pois, que nem o elemento objectivo nem o elemento subjectivo da co-autoria, impostos ambos pelo artigo 26.º do Código Penal, estão preenchidos nas situações típicas da criminalidade de empresa que aqui analisamos. Assim se comprova que, como afirmámos de início, independentemente da exigência da intervenção dos sujeitos na execução do facto, o modelo da co-autoria não se cumpre — pelo menos o modelo da co-autoria que considerámos dever ser adoptado, i.e., o modelo roxiniano, adaptado ou não em função da dispensa da prática de actos de execução.

Tal torna-se particularmente claro se se tomar em consideração a evidente estruturação vertical dos comportamentos na criminalidade de empresa — “no sentido de um decurso de cima para baixo, do desencadeador para o executante” (79), bem distinta da estrutura horizontal própria da co-autoria, em que se está perante “actividades equivalentes e simultâneas” (80) e em que se identifica uma “posição síncrona e paralela dos co-autores” (81).

(77) *Derecho...*, cit., p. 784.

(78) *Derecho...*, cit., p. 784.

(79) ROXIN, “Autoria mediata...”, cit., p. 7.

(80) ROXIN, “Problemas...”, cit., p. 195.

(81) ROXIN, “Autoria mediata...”, cit., p. 7.

Conforme tem vindo a afirmar-se, o facto típico praticado no âmbito da empresa (nos casos que aqui nos interessam) resulta de uma ordem ou instrução emitida pelos respectivos dirigentes, que depois é executada materialmente por um ou mais funcionários situados num escalão hierárquico inferior, sendo que este(s) pode(m) assumir inclusivamente um carácter anónimo, de tal maneira que, muitas vezes, nem mesmo é possível determinar qual ou quais os concretos subordinados directamente responsáveis pela lesão do bem jurídico. Por esta via se comprova também, a nosso ver, que não pode aceitar-se a solução que defende a existência de uma realização do crime pelos dirigentes por “acordo ou juntamente” com os respectivos funcionários.

A configuração vertical da criminalidade de empresa surge, assim, de tal maneira evidente que tornaria mesmo lícito apontar a maior pertinência da solução da instigação face à da co-autoria, não fosse a dimensão estrutural não ser susceptível de apagar o domínio material do facto dos “homens de trás”, proporcionado pela própria organização da empresa, e que melhor sugerirá, então, a autoria mediata, também ela caracterizada por uma estrutura vertical.

12. Impõe-se, nos termos apontados, a afirmação de que uma concepção de co-autoria que atribua um sentido similar ao acima referido à exigência de acordo comum e que ignore o significado da estruturação horizontal dessa forma de domínio do facto, reconhecendo-a perante comportamentos estruturados de forma indubitavelmente vertical, esbate as fronteiras da co-autoria e da autoria mediata “em termos duvidosamente compatíveis com o princípio do Estado de Direito” (82).

Acresce que se reconhecêssemos aqui a co-autoria — apesar da estrutura vertical inegável da criminalidade de empresa, do sentido puramente formal que então assumiria o elemento subjectivo referido e apesar da inexistência de actos de execução por parte dos dirigentes — teríamos que reconhecê-la também como estrutura de imputação capaz de resolver, desde logo, os problemas da criminalidade própria, por exemplo, dos Estados totalitários.

Não quer dizer que não haja diferenças estruturais importantes entre, por um lado, a criminalidade de empresa, e, por outro lado, a criminalidade estatal, para-estatal e a criminalidade característica das organizações que se emanciparam do respeito pelo ordenamento jurídico, assumindo-se como verdadeiros “Estados dentro do Estado”. Todavia, na medida em que se admita que pode haver co-autoria sem intervenção dos vários sujeitos na fase executiva, consi-

(82) ROXIN, “Autoria mediata...”, cit, p. 7, referindo-se, no entanto, em geral, à solução que pretende aplicar a co-autoria aos aparelhos de poder desvinculados do Direito e sem tratar, concretamente, do problema da criminalidade de empresa.

derando-se (independentemente desse aspecto) que dirigentes e subordinados actuam em conjunto quando apenas há a emissão e o cumprimento de uma ordem, e, portanto, na medida em que não se valorize a estrutura horizontal da co-autoria, teremos que admitir que esta é ainda capaz de resolver os problemas que paradigmaticamente a construção roxiniana do “domínio da organização” visou solucionar.

Assim sendo, se aplicarmos tal forma de domínio do facto à criminalidade de empresa, no limite, estaremos a destruir a própria construção do “domínio da organização”. A conclusão parece-nos inultrapassável. Ora, a aceitação dessa figura foi o ponto de partida da discussão que travamos, de tal maneira que seremos necessariamente forçados a retomar essa discussão e a perguntar se, tudo visto, devemos afinal aceitar uma concepção de co-autoria similar, por exemplo, à de JAKOBS, destruindo, pois, os pressupostos de que partimos ⁽⁸³⁾.

O reconhecimento, nas situações em análise ⁽⁸⁴⁾, da co-autoria, seria realmente coerente se perfilhássemos uma concepção como aquela. Então poderíamos — e deveríamos mesmo — defender tal solução, afastando, imediatamente, a autoria mediata. Simplesmente teríamos, então, que aceitar uma concepção normativizada de co-autoria, assente, antes de tudo, na ideia de responsabilidade jurídica mais do que na ideia de domínio real. Haveríamos, pois, de retomar a defesa da solução que acima criticámos ⁽⁸⁵⁾, segundo a qual, actuando o executor directo de forma livre e autónoma, ele não está juridicamente numa situação de inferioridade, situando-se antes ao mesmo nível que o “homem de trás”. A falta de superioridade jurídica excluiria imediatamente a autoria mediata — a fungibilidade dos executores e a superioridade objectiva dos elementos da cúpula seriam, recorde-se, meros “dados naturalísticos irrelevantes” — e perante igual responsabilidade de ambos os intervenientes só seria possível uma equiparação por via da co-autoria.

A concepção de JAKOBS, nos seus pressupostos de base, é de rejeitar. Trata-se de uma concepção normativizada que não traduz uma configuração da estrutura real dos factos. Como explica ROXIN, “os conceitos de Direito Penal

⁽⁸³⁾ Por isso afirmámos (cfr. *supra* n.º 1) que o problema da criminalidade de empresa vem relançar as dúvidas a respeito da figura da autoria mediata por “domínio da organização”, fazendo crescer as críticas que lhe são dirigidas.

⁽⁸⁴⁾ Clarifique-se, a este propósito, que naturalmente surgem situações típicas de co-autoria no âmbito da empresa, que nenhuma dificuldade particulares levantam: aqui só tratamos, todavia, aquelas situações que atrás caracterizámos e identificámos como típicas da criminalidade de empresa: i.e., aqueles casos em que os dirigentes decidem a prática de um ou mais factos típicos, que são executados depois pelos respectivos subordinados, não praticando aqueles quaisquer actos de execução e sem que se possa afirmar a existência de um “acordo comum” ou, mais amplamente, de uma actuação conjunta, nos termos apontados.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *supra* n.º 3.

devem referir-se a imagens rectoras que representem uma configuração normativa [dessas] estruturas reais dos acontecimentos. Mas a imagem rectora do co-autor não é a responsabilidade do resto dos intervenientes (que certamente também existe no caso dos instigadores ou cúmplices) mas a realização conjunta” (86). Isto torna-se, aliás, evidente perante a formulação do Código Penal português, que assim obriga a afastar uma tal concepção.

A “realização conjunta” do facto implica — conforme se tem vindo a repetir — para lá da intervenção, que defendemos, do co-autor na fase executiva, que o facto seja praticado “por acordo ou juntamente com outro ou outros” e que seja possível identificar a estrutura horizontal característica desta forma de domínio do facto (sendo certo que ela não poderá fundar-se na ideia de idêntica responsabilidade dos vários intervenientes).

Nestes termos, não podemos prescindir dos elementos referidos, sob pena de nada restar para caracterizar a co-autoria; por outro lado, acresce que se prescindíssemos deles ou considerássemos que eles estão preenchidos nos casos da criminalidade de empresa, teríamos que aplicar a figura da co-autoria às situações que identificámos como de “domínio da organização” e rejeitar, em termos gerais, a construção roxiniana. Para isso, contudo, não encontramos fundamento bastante.

Assim se conclui no sentido da insusceptibilidade de se resolver os problemas da criminalidade de empresa com recurso à estrutura da co-autoria, permanecendo, então, a necessidade de encontrar outra via de solução dos mesmos.

IV — A AUTORIA MEDIATA: DOMÍNIO DA VONTADE POR “DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO” NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA?

13. As características da criminalidade de empresa, da mesma maneira que afastam a co-autoria, constituem indícios claros no sentido da autoria mediata, tornando manifesta a importância que a análise desta forma de domínio do facto assume na resolução do problema da imputação da responsabilidade individual naquele âmbito.

Estruturando-se — nos termos descritos — os comportamentos de forma vertical, de “cima para baixo” (i.e., dos membros da cúpula para os executores materiais), uma análise imparcial parece sugerir, na realidade, que aqueles realizam o facto “por intermédio de outrem” (87). Legítimo se torna, portanto,

(86) “Problemas...”, cit., p. 194.

(87) Cfr. o artigo 26.º do Código Penal português.

transpor para a criminalidade de empresa a ideia de que quando se devem levar a cabo condutas claramente coordenadas de forma vertical, nas quais o papel do “homem de trás” está, de antemão, orientado no sentido da completa execução do facto por outros, então claramente se aponta no sentido de se tratar de autoria mediata (e não de co-autoria) ⁽⁸⁸⁾.

Ao lado da configuração vertical da criminalidade de empresa em si, e determinando-a necessariamente, evidencia-se o papel decisivamente conformador nesta desempenhado pela própria estrutura organizativa empresarial, assente no princípio vertical da hierarquia e no princípio horizontal da divisão do trabalho, assim conduzindo a “inegáveis similitudes com o âmbito problemático mais geral da responsabilidade criminal no seio de conjuntos organizados — e estruturados de forma mais ou menos hierarquizada — de pessoas” ⁽⁸⁹⁾. O domínio formal e social dos dirigentes, estudado sociológica e criminologicamente e que, paralelamente, está na origem da preocupação com a justificação de uma posição de garante do empresário ⁽⁹⁰⁾ sugere, então, em tal contexto, o domínio da vontade daqueles que são os verdadeiros responsáveis (em sentido criminológico) pelo facto típico. Se, na realidade, pudemos afirmar, de início, que os dirigentes da empresa assumem o papel de figuras centrais ⁽⁹¹⁾ foi justamente por força do papel estruturante por sua vez desempenhado pela organização da empresa, no seio da qual se desenha com clareza a importância dos “centros de decisão”, empurrados, tendencialmente, para o núcleo do acontecimento criminoso.

Essa organização haverá, pois, de moldar inevitavelmente a técnica de imputação da responsabilidade no seio da empresa ⁽⁹²⁾, tornando incontestável a afirmação de SILVA SÁNCHEZ de que a autoria mediata por “domínio da organização” surge como solução “conforme ao sentido da linguagem” e à dimensão ontológica da situação ⁽⁹³⁾. Nesta linha, poderemos também afirmar que a autoria

⁽⁸⁸⁾ Cfr. ROXIN, “Problemas...”, cit., p. 195, e “Autoria mediata...”, cit., p. 7, citando BLOY, “Grenzen der Täterschaft bei fremdhandiger Tatausführung”, *Goldammer Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 425-442.

⁽⁸⁹⁾ SILVA SÁNCHEZ, “Responsabilidad...”, cit., p. 368.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. SCHÜNEMANN, “Cuestiones...”, cit., pp. 329 e ss.

⁽⁹¹⁾ Cfr. *supra* n.ºs 5 e 6.

⁽⁹²⁾ A mesma organização está na origem dos problemas da responsabilidade penal em caso de delegação, a qual levanta dificuldades próprias, que, todavia, se excluem do objecto de estudo. Sobre a “delegação e o domínio vertical da organização”, cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pp. 119 e 120. Sobre o problema da delegação, cfr. também ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, “Criminalidad...”, cit., pp. 110-113.

⁽⁹³⁾ “Responsabilidad...”, cit., p. 370. O Autor não aprofunda, todavia, a questão da aplicabilidade da autoria mediata por “domínio da organização” à empresa, optando por desenvolver o problema da imputação aos dirigentes de um crime de comissão por omissão, com base na identificação de um dever de garante do empresário.

mediata por “domínio da organização”, entendida como entrelaçamento de componentes normativas e fácticas⁽⁹⁴⁾, possibilita a compreensão valorativamente correcta dos “homens de trás” como autores. Aplicada à empresa, a construção permitirá, do ponto de vista fáctico, determinar justificando) a figura central no acontecimento típico, valorizando a estrutura vertical da criminalidade de empresa e o papel nela desempenhado pela organização empresarial. O emprego de considerações normativas, assentes no critério da fungibilidade, tornará, por sua vez, possível imputar a responsabilidade a um “autor atrás do autor” que não participa na execução mas que é o verdadeiro responsável pelo facto típico (“domínio da vontade”).

14. O conjunto de indícios no sentido da aplicabilidade da figura da autoria mediata por “domínio da organização” à criminalidade de empresa, impondo naturalmente o aprofundamento dogmático dessa via de análise, colide, não obstante, com a tradicional exigência de que a organização actue como um todo à margem do ordenamento jurídico.

Integrando-se a empresa na ordem jurídica e prosseguindo esta a sua actividade de acordo com regras legítimas de racionalidade económica, verifica-se uma evidente tensão com o requisito da desvinculação do Direito, tido, classicamente, como indispensável ao “domínio da organização” enquanto terceira forma de autoria mediata. É, aliás, sobretudo em torno desta exigência que se desenvolve a discussão sobre a figura roxiniana. Do sentido a atribuir ao requisito dependerá, na verdade, a aplicabilidade da construção à criminalidade de empresa, sendo certo que, na medida em que se entenda a desvinculação do Direito como pressuposto rígido e insuperável do domínio da vontade pelo “homem de trás”, o recurso à autoria mediata por “domínio da organização” no âmbito da empresa estará imediatamente prejudicado.

14.1. Nestes termos, estamos perante uma séria dificuldade prévia a ponderar. É que muito bem se compreende que, por regra, só possa haver “domínio da organização” quando a estrutura organizativa se situar como um todo à margem do ordenamento, pois, movendo-se esta nos “trilhos do Direito”, uma pretensão ilícita não consegue pôr a organização em movimento e originar uma sequência regular que conduza de modo automático à produção do facto: as leis assumem, então, um “valor hierárquico superior”, excluindo a execução de ordens ilegais e, conseqüentemente, o automatismo de funcionamento que funda o domínio da vontade pelos “homens de trás”.

(94) Neste sentido, KAI AMBOS e CHRISTOPH GRAMMER, “Dominio del hecho...”, cit., p. 30.

Daí que ROXIN justamente escrevesse que “da estrutura do domínio da organização se deduz que este só pode existir onde a organização no seu conjunto se encontre à margem do ordenamento jurídico. (...) Quando, num Estado de Direito, uma autoridade determina os seus subordinados ao cometimento de delitos (...) há que valorar-se sempre essa conduta, salvo quando houver que afirmar a autoria mediata por outras razões, como mera instigação, posto que, se todo o aparelho se move nos trilhos do Direito, ‘funciona’ da maneira requerida pela estrutura de domínio descrita apenas ao utilizar as vias preestabelecidas pelo ordenamento jurídico. Uma instrução ilícita não pode pôr aqui a organização em movimento; se é cumprida, não se trata de uma acção do aparelho de poder, mas sim de uma ‘iniciativa particular’, levada a cabo iludindo o seu modo de funcionamento. (...) Assim, nesses casos, não se actua *com* o aparelho mas *contra* ele, excluindo-se de antemão tal facto do âmbito do possível domínio da organização. Faltam aqui (...) todos os pressupostos da autoria mediata pois o indivíduo tem que ser aliciado para o plano criminoso em cada caso, como interveniente individual, sem que caiba falar de uma substituibilidade arbitrária” (95).

14.2. A justeza da argumentação nestes termos desenvolvida não impediu que, apesar da longa consolidação do critério na doutrina jus-penalista (96), a exigência da desvinculação do Direito fosse sendo questionada, em resposta à necessidade, generalizadamente sentida, de aplicar a figura da autoria mediata por “domínio da organização” a todo o âmbito do crime organizado, que crescentemente se assumiu como portador de características especialmente enquadráveis nesse âmbito.

Os fundamentos apresentados na defesa da solução favorável à dispensa do requisito da desvinculação do Direito nem sempre se afiguram, todavia, inteiramente convincentes. Para KAI AMBOS, por exemplo, o “domínio da organização” depende unicamente da estrutura do aparelho em questão e do número de executores fungíveis: tal conclusão assenta, não obstante, na consideração de que, mesmo nas situações em que uma organização política ou militar se infiltra no Estado e em que o crime se processa através deste (é o caso paradigmático do Estado nacional-socialista e das ditaduras sul-americanas), não pode falar-se

(95) ROXIN, *Autoría...*, cit., p. 277. Cfr. também TERESA SERRA, “A autoria mediata...”, cit., pp. 316 e ss., especialmente, nota 37.

(96) Consolidação esta que permitiu a AMBOS, “Domínio do fato...”, cit., p. 68, dizer que “esse critério da desvinculação do Direito não foi questionado nunca (...) No que se alcança, tão-somente Schild mantém uma discussão crítica a respeito. Argumenta frente a Roxin que o decisivo é o domínio social, a ‘posição de poder social no marco da organização’, e não uma eventual desvinculação do Direito. Essa conclusão há-de aplaudir-se, mas a desvinculação do Direito necessita de uma crítica mais pormenorizada”.

numa oposição à ordem jurídica, o mesmo devendo ser afirmado nos casos em que é a própria lei que autoriza condutas que violam os valores da dignidade humana e da democracia ⁽⁹⁷⁾. Tem razão FIGUEIREDO DIAS ⁽⁹⁸⁾ quando sublinha que “semelhante ponto de vista reflecte (...) um equívoco acerca do sentido que se há-de atribuir ao requisito em questão”: o aparelho de Estado assume-se realmente, no primeiro grupo de casos, como mero instrumento da realização dos objectivos da organização em causa, mantendo-se ambos como entidades separadas e opostas, com fins autónomos e diferenciados, ainda que se confundam ao nível da sua actuação prática. Por outro lado, quando se pensa no segundo grupo de casos referidos por AMBOS, em que é a própria lei a autorizar condutas que seriam consideradas como crimes em qualquer Estado de Direito, efectivamente se impõe, de modo paralelo, a conclusão de que “na situação exposta, o que se questiona não é um problema de domínio da organização, nem sequer de comparticipação, mas a questão essencial da aceitabilidade de um fundamento ‘transpositivo’ da incriminação”. Só neste último caso é possível falar em crime ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. AMBOS, “Domínio do facto...”, cit., pp. 69 e ss., que afirma que “a limitação da responsabilidade que implica o critério da desvinculação do Direito (...) necessita de uma legitimação. A questão é se — e em caso afirmativo por que razões — há-de estimar-se que a desvinculação do Direito é um pressuposto imprescindível do domínio por organização. Apenas terá tal carácter se o domínio do facto por parte do superior deriva precisamente da desvinculação do Direito. (...) Isso, sem embargo, não é assim. Bem ao contrário: (...) se o aparato não está ‘fora do ordenamento’ (como requer o critério da desvinculação do Direito) mas é em si o ordenamento jurídico ou parte dele, o domínio do facto por parte dos superiores é ainda maior que no caso do aparato desvinculado do Direito”.

⁽⁹⁸⁾ “Autoría e participación...”, cit., p. 105.

⁽⁹⁹⁾ Parece-nos que, apesar de tudo, deve admitir-se que este ponto não deixa de ser reconhecido por AMBOS e que, tal como colocada por este, a questão do fundamento da incriminação não deixa de interpenetrar relevantemente o problema do “domínio da organização” propriamente dito. A este propósito, escreve o Autor: “nesse caso, só pode afirmar a desvinculação do Direito quem toma como ponto de referência avaliações próprias do Estado de Direito que, em última instância, são supraleais, e de Direito natural no sentido da fórmula de Radbruch. É provavelmente isso que Roxin tem em mente de modo intuitivo quando fala de garantias próprias do Estado de Direito, de valores fundamentais e direitos humanos (...) Isso é convincente no plano valorativo, mas resulta demasiado abstracto. Uma desvinculação do Direito entendida desse modo dilui-se, e a abstracção do Direito positivo que comporta cria uma situação jurídica que não pode opor-se ao domínio do facto por parte do superior”. A complexidade do problema que assim se apresenta transcende em muito o âmbito desta análise. Sobre ele, e especificamente a propósito da aplicação da fórmula de Radbruch, tem interesse a análise levada a cabo por AMBOS, a propósito do processo da responsabilidade dos membros do Conselho de Defesa Nacional da ex-RDA pelos homicídios ocorridos nas fronteiras com a RFA (“Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro”, Cuadernos de Conferencias y Artículos, n.º 21, Universidad Externado de Colombia, 1999, em especial pp. 13 e ss.).

Importa, pois, reafirmar que, nos casos típicos de autoria mediata por “domínio da organização”, os aparelhos de poder em causa actuam verdadeiramente como um todo à margem do ordenamento jurídico.

14.3. Mas se assim é, nem por isso há-de considerar-se que é a desvinculação do Direito que fundamenta o automatismo de funcionamento das estruturas consideradas e que permite afirmar o domínio da vontade pelo “homem de trás”, de tal maneira que se essa estrutura organizativa actuasse integradamente na ordem jurídica, logo se excluiria o domínio do facto por parte dos sujeitos da cúpula.

Semelhante ponto de vista representaria uma sobrevalorização do requisito, que uma melhor análise do problema não comporta. Segundo nos parece, se não pode rejeitar-se radicalmente tal requisito, também não pode erigir-se este a critério autónomo ou central de aferição da existência de domínio do facto por “domínio da organização”.

A exigência da desvinculação do Direito releva, antes, instrumentalmente, enquanto factor tendente a proporcionar as condições necessárias ao domínio da vontade pelo “homem de trás”⁽¹⁰⁰⁾. É certo, como resulta do que se expôs, que a ausência dessa mesma desvinculação tende a diminuir (mas não exclui) o automatismo de funcionamento da organização e a atenuar, conseqüentemente, a fungibilidade do executor: em estruturas integradas no ordenamento jurídico o “valor hierárquico superior das leis” seguramente limita — importa reconhecê-lo — a fungibilidade dos executores, mas não a afasta em absoluto, de tal maneira que não permite recusar liminarmente a forma de domínio da vontade em causa.

Esta interpretação do requisito nem sequer significa — a nosso ver — afastarmo-nos da concepção inicial de ROXIN. É verdade que este expressamente considera que a estrutura característica do “domínio da organização” só pode ocorrer quando o aparelho de poder actue como um todo à margem do Direito. No entanto, verdadeiramente decisiva é, para o Autor, a fungibilidade do executor e não essa mesma desvinculação. Daí que não se afigure totalmente correcta a habitual tripartição dos elementos que compõem a teoria do “domínio da organização” (“domínio de uma organização rigidamente hierarquizada”, “fungibilidade do executor” e “actuação à margem do Direito”)⁽¹⁰¹⁾, pelo menos se deles não for feita uma leitura unitária e integradora, que tome, também, em conta o diferente sentido que cada um desses elementos assume no quadro do sistema traçado.

Mesmo ROXIN não pretende, pois, atribuir significado autónomo à desvinculação do Direito. Simplesmente considera-a imprescindível para a existência

⁽¹⁰⁰⁾ A este respeito, cfr. *supra* n.º 3.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr., por exemplo, MUÑOZ CONDE, “Dominio...”, cit., pp. 90 e 91.

de fungibilidade dos executores. Nesse ponto, todavia — coerentemente com o reconhecimento do carácter central do requisito da fungibilidade ⁽¹⁰²⁾, face ao qual aquele outro assume um papel meramente instrumental —, haverá que admitir estar em aberto a possibilidade de ocorrer domínio da vontade em virtude do “domínio da organização” ainda quando essa organização se integre na ordem jurídica. Veremos, depois, em que termos isso é concretamente possível.

14.4. Não parece igualmente que possa continuar a acompanhar-se ROXIN ⁽¹⁰³⁾ quando vem esclarecer que a desvinculação do Direito só tem que referir-se aos factos incriminados praticados em autoria mediata e não a todos os âmbitos de actuação da organização, de modo que “requisito para que as estruturas organizadas desencadeiem ‘resultados regulares’ e executem o resultado ‘de maneira praticamente automática’ é a circunstância de que a maquinaria de poder no seu conjunto, *ou ao menos para o caso concreto*, se tenha desvinculado da legalidade”. Tal “esclarecimento” — bem o podemos afirmar com CONCEIÇÃO VALDÁGUA — “se não é uma modificação da sua tese original, é, sem dúvida alguma, um entendimento diferente daquele que sempre lhe foi dado pela doutrina em geral” ⁽¹⁰⁴⁾ e, sobretudo, sugere um alargamento do campo de aplicação da figura do “domínio da organização” realmente não desejado pelo Autor. Daí que MUÑOZ CONDE, por exemplo, pergunte se ROXIN considerará possível “uma ampliação da sua teoria original a novas formas de criminalidade, e não só à chamada criminalidade organizada mas também a outras manifestações de criminalidade em sectores como o meio ambiente, impostos, responsabilidade pelo produto, etc.” ⁽¹⁰⁵⁾, renunciando ao requisito de que a organização esteja “à margem do Direito”.

Afirmar que a desvinculação do Direito só tem que referir-se aos factos incriminados praticados em autoria mediata significa, na verdade, uma aparente

⁽¹⁰²⁾ Este carácter central que se reconhece ao critério da fungibilidade torna legítimo perguntar se, em vez de “domínio da organização”, melhor não seria falar em domínio da vontade “por fungibilidade”. A primeira expressão, todavia, corresponde à terminologia há muito consagrada e, ao evidenciar a vinculação da figura a estruturas organizativas, dá uma imagem representativa desta que o apelo à ideia de “fungibilidade” em si não fornece. Além do mais, como explica TERESA SERRA (“A autoria mediata...”, cit., p. 324) “é na própria existência dessa estrutura organizativa que reside o fundamento desta forma de domínio da vontade, na precisa medida em que a sua existência faculta a fungibilidade do instrumento”.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. a parte final de 1999 da tese de habilitação do Autor (“Autoría...”, cit., em especial p. 656), onde expõe a ideia que já antes apresentara no seu artigo “Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei organisierten Kriminalität”, publicado no *Festschrift für Grünwald*, também em 1999.

⁽¹⁰⁴⁾ “Figura Central...”, cit., p. 106, nota 25.

⁽¹⁰⁵⁾ “Dominio...”, cit., p. 93.

negação, indirecta embora, do requisito. Ora, uma rejeição da exigência de que a organização actue à margem da ordem jurídica, que verdadeiramente ROXIN não parece pretender defender ⁽¹⁰⁶⁾, não poderia mesmo ser feita em termos que ignorassem as particulares dificuldades em identificar o “domínio da organização” em estruturas que se movem nos quadros da legalidade vigente.

14.5. Esta última chamada de atenção vai ao encontro da preocupação de rejeitar uma transposição automática para a empresa da forma de autoria mediata em causa ⁽¹⁰⁷⁾. Se já decorre do que se tem vindo a dizer que não consideramos a aplicação da construção ao âmbito empresarial em si mesma como “um alargamento indesejado e insuportável da figura jurídica da autoria mediata pelo domínio de um aparelho de poder organizado” ⁽¹⁰⁸⁾, tal só é assim se se tiver presente a necessidade de procurar uma fundamentação dogmaticamente exacta para a referida aplicação.

Com esse sentido não poderá senão reconhecer-se razão a TERESA SERRA, quando frisa que “a defesa da autonomia desta forma de autoria passará sempre pela crítica sistemática das tentativas de alargamento sem princípios da ideia de domínio da organização a situações que a descaracterizarão por completo”, mas já não quando prossegue, entendendo, em termos gerais, que “é designadamente o que sucede quando se pretende equiparar estruturas organizativas estatais, empresariais ou análogas às duas formas referidas de manifestações típicas do domínio da vontade mediante um aparelho de poder organizado” ⁽¹⁰⁹⁾.

Só se descaracterizará a autoria mediata por “domínio da organização” na medida em que se esqueça que a exigência de desvinculação do Direito, embora não permita uma radical exclusão da figura perante estruturas integradas no ordenamento, limita claramente os termos em que a sua aplicação é pensável, não sendo, pois, possível concluir no sentido do recurso à figura logo que se abstraia de um entendimento rígido daquele requisito.

⁽¹⁰⁶⁾ Repare-se, a este respeito, que MUÑOZ CONDE, “Dominio...”, cit., p. 103, entendia, confrontado com esta nova perspectiva, que vista dessa forma “a teoria de Roxin não apresenta qualquer problema em admitir esta forma de domínio organizativo sobretudo no âmbito de grandes empresas” e, no entanto, a negação dessa aplicação viria a ser feita expressamente por Roxin (cfr. *infra* n.º 20).

⁽¹⁰⁷⁾ A este propósito, tem interesse considerar a posição de AMBOS, “Domínio...”, cit., p. 65, que, apesar de prescindir da desvinculação do Direito, não aceita mesmo uma adaptação da figura ao âmbito empresarial. O Autor salvaguarda, porém, a situação em que a prática de delitos se converte em fenómeno acompanhante de uma estratégia de mercado, de tal modo que as “atitudes criminais” são maioritárias. Nesse caso, estaremos já no âmbito do “crime organizado de modo similar à Máfia”.

⁽¹⁰⁸⁾ TERESA SERRA, “A autoria mediata...”, cit., p. 317.

⁽¹⁰⁹⁾ TERESA SERRA, “A autoria mediata...”, cit., p. 325.

Assim, devemos acompanhar as críticas que foram dirigidas ao *obiter dictum* proferido, em 1994, pelo BGH no processo contra os membros do Conselho de Defesa Nacional da ex-RDA pelas mortes no muro, em que uma transposição automática da figura para o âmbito empresarial é aparentemente admitida: quanto à situação principal em análise, o Tribunal concluiu no sentido da autoria mediata de três dos membros do Conselho de Defesa Nacional que haviam ordenado os disparos mortais e o accionamento das minas de fragmentação para impedir toda e qualquer “violação das fronteiras” entre as duas Alemanhas, consagrando pela primeira vez na jurisprudência a figura roxiniana do domínio da vontade “em virtude de aparelhos organizados de poder” (sem que a respectiva fundamentação traduzisse, contudo, uma absoluta adesão a essa mesma teoria) ⁽¹¹⁰⁾. Em *obiter dictum*, o BGH acrescentou que “também o problema da responsabilidade na exploração de empresas económicas se pode solucionar deste modo”, assim constituindo a decisão “um expressivo exemplo das tentações a que pode prestar-se o conceito do domínio da organização” ⁽¹¹¹⁾. Mais genericamente se dirá que, verdadeiramente, “uma aplicação automática da técnica de Roxin a tais organizações [que não actuam à margem do Direito] sem uma comprovação estrita dos seus pressupostos pode levar a uma perigosa ampli-

⁽¹¹⁰⁾ Cfr., sobretudo, ROXIN, que, no aditamento de 1999 à sua tese de habilitação (*Autoría...*, cit., pp. 654 e 655), afirma claramente que “a grande importância desta sentença reside em impor por fim a teoria do domínio do facto no âmbito da autoria mediata, ao julgar o domínio da organização, junto ao domínio por coacção ou por erro, como terceira forma autónoma de autoria mediata (...) Tudo isto corresponde à concepção desenvolvida (...) e há-de aplaudir-se sem reservas. Naturalmente, a fundamentação da sentença não merece aprovação em todos os seus pontos”. É assim, designadamente, no apelo à “disposição incondicional” do “homem de trás”, como também aponta criticamente TERESA SERRA, “A autoria mediata...”, cit., pp. 317 e ss. Particular referência merecem as observações críticas relativas à aplicação em si mesma da construção do “domínio da organização” a esse caso, desenvolvidas por Muñoz Conde, “Dominio...”, cit., pp. 93 e ss.: para este Autor “uma aplicação consequente da teoria de ROXIN teria pressuposto uma prévia declaração de que todo o aparelho político da antiga RDA actuava à “margem do Direito”, ou, pelo menos, a sua Legislação de Fronteiras, que de modo algum permitia que, em casos graves, a intenção de transpor ilegalmente a fronteira fosse impedida utilizando a força com perigo de morte. Isto é, em minha opinião, questionável”. Sem se entrar na análise deste último problema (sobre ele, cfr. o trabalho, já citado, de AMBOS, “Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro”), sempre importa sublinhar que a decisão do BGH assume particular relevância por admitir a aplicação da figura do “domínio da organização a situações pelo menos claramente distintas dos crimes praticados no âmbito dos aparelhos de poder paradigmáticos (designadamente na Alemanha Nazi), mas em que se verificavam as características estruturais de tal forma de domínio do facto. É nessa linha que Muñoz Conde entende (criticando) que um argumento a favor da doutrina que dispensa a desvinculação do Direito como pressuposto do domínio da vontade pelos “homens de trás” pode ser justamente a jurisprudência sobre os guardas da fronteira da antiga RDA.

⁽¹¹¹⁾ TERESA SERRA, “A autoria mediata...”, cit., p. 320.

ação dos limites da punibilidade ou a um conceito unitário de autor em que qualquer cabecilha ou membro da organização poderia ser condenado por um delito singular cometido por um deles” (112).

15. Devemos, pois, rejeitar uma aplicação automática à empresa da construção do domínio da vontade por “domínio da organização”, aplicação essa, todavia, deixada em aberto (quando não pretendida em termos automáticos) pelo sentido atribuído à exigência de desvinculação do Direito. Com isso não se quer sugerir que o recurso à figura supõe qualquer identificação valorativa da criminalidade desenvolvida no quadro da empresa, enquanto organização que prossegue como fim lícito o lucro, e as situações clássicas de “domínio da organização”. Nesta linha, deve afastar-se a ideia de que a construção em causa “só está justificada quando a gravidade do caso é tal que contraria as percepções valorativas de qualquer nação civilizada, quer dizer, no caso das violações de direitos humanos através da organização estatal” (113). De modo similar, o recurso à mesma construção não implica a existência de uma identidade estrutural absoluta da empresa e do seu modo de funcionamento com os aparelhos organizados de poder tradicionais. De resto, tal identidade está, *ab initio*, prejudicada pela vinculação da empresa ao Direito.

A figura da autoria mediata por “domínio da organização” assume-se, na realidade, como conceito aberto (114), susceptível de ser aplicado sempre que se demonstre que o “homem de trás” controla uma organização estruturada hierarquicamente, em que as suas ordens conduzem de modo quase automático à prática do facto típico, sem que releve a pessoa concreta do executor, arbitrariamente substituível. O aproveitamento dos contornos flexíveis com que a figura é desenhada permite explicar que a mesma categoria dogmática possa enquadrar situações materiais aparentemente tão diversas como as dos crimes cometidos nos Estados totalitários e as dos crimes praticados no âmbito da empresa, enquanto estrutura que funciona dentro do ordenamento jurídico.

(112) MUÑOZ CONDE, “Domínio...”, cit., pp. 101 e 102. Também ROXIN, *Autoria*, cit., p. 656, considera que o BGH “vai demasiado longe” com o referido *obiter dictum*. Exemplo do alargamento ilegítimo da autoria e, conseqüentemente, da punibilidade, em resultado de uma transposição não fundamentada (tanto em termos dogmáticos como perante o caso concreto) da forma de autoria mediata em análise para a empresa são as sentenças referidas por ROXIN, *Autoria...*, cit., pp. 659 e 660, em que não se demonstraram os pressupostos de que dependia o domínio da vontade dos dirigentes. Não pode, porém, pretender-se, com base na existência de aplicações jurisprudenciais incorrectas da teoria do “domínio da organização”, excluir simplesmente a empresa do âmbito possível da figura.

(113) ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, “Criminalidad...”, cit., p. 115.

(114) Sobre o domínio do facto em geral como conceito aberto, cfr. ROXIN, *Autoria...*, cit., pp. 145 e ss., que retoma a ideia a propósito do “domínio da organização” (p. 279).

16. Afirmámos já ⁽¹¹⁵⁾ que a organização da empresa desempenha um papel decisivamente conformador na estruturação da criminalidade desenvolvida a partir desta, justificando as “inegáveis similitudes com o âmbito problemático mais geral da responsabilidade criminal no seio de conjuntos organizados — e estruturados de forma mais ou menos hierarquizada — de pessoas”. Assim, é em função das “condições de enquadramento” ⁽¹¹⁶⁾ da própria organização empresarial que o problema da criminalidade de empresa deve ser compreendido.

Ora, a empresa assume-se como “unidade funcional” com vida própria, independente da composição variável dos seus corpos ⁽¹¹⁷⁾, e dotada de uma estruturação vertical hierarquizada em que se identifica um “domínio funcional, sistémico” da organização por parte dos respectivos dirigentes. Tal “domínio funcional-sistémico da organização” é, por vezes, utilizado para fundamentar a responsabilidade jurídico-penal da empresa enquanto pessoa colectiva mas, como reconhece MUÑOZ CONDE, justamente “supõe um domínio da organização e dos seus membros por parte da cúpula que dá as ordens ilegais que outros executam” ⁽¹¹⁸⁾.

A consideração do funcionamento da empresa, orientado para a prossecução do lucro, em que a conjugação dos princípios da hierarquia e da divisão do trabalho permite que as ordens e instruções vindas “de cima” desencadeiem “processos regulares” e “previsíveis” (e nesse sentido, “automatizados”) com vista à eficiente execução das decisões tomadas na cúpula, impõe que se afirme que, pelo menos na medida em que utilize “as vias preestabelecidas pelo ordenamento jurídico” ⁽¹¹⁹⁾, se verifica na empresa o modo de funcionamento requerido pela estrutura de domínio da vontade em análise.

É precisamente esta aproximação do funcionamento “normal” da empresa (i.e., do seu modo de actuação enquanto se mantém no respeito pelas regras jurídicas vigentes) face às características estruturais que proporcionam em geral o domínio do facto por “domínio da organização” que cria as “condições de enquadramento” passíveis de permitir identificar tal forma de domínio ainda quando a empresa se afaste do respeito pelo ordenamento jurídico e nesse contexto seja emitida uma ordem ilícita. Há-de exigir-se, todavia, como melhor veremos, que se definam as condições que permitem dizer que a ordem, apesar de

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. *supra* n.º 13.

⁽¹¹⁶⁾ A expressão “condições de enquadramento” é utilizada pelo BGH para traduzir o conjunto de factores que propiciam o domínio da vontade pelos “homens de trás”.

⁽¹¹⁷⁾ Estas características correspondem àquelas que, por exemplo, ROXIN, *Autoría...*, cit., pp. 269 e ss., e FIGUEIREDO DIAS, “Autoría y participación...”, cit., p. 103, apresentam como necessárias para que possa existir domínio da vontade por “domínio da organização”.

⁽¹¹⁸⁾ “Dominio...”, cit., p. 103.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. *supra* n.º 14.1.

ilegal, foi capaz de pôr em marcha a organização e desencadear os referidos “processos regulares e previsíveis” que, no caso concreto, desembocaram (quase automaticamente) no facto típico.

“Trata-se [escreve SILVA SÁNCHEZ], com efeito, de uma organização formal baseada, no plano horizontal, no princípio da divisão do trabalho e, no plano vertical, no princípio da hierarquia. Resultado de tudo isto é a conformação de âmbitos de competência diferenciada, que abarcam, por sua vez, a actuação de diversos sujeitos no escalão imediatamente inferior. Dada uma estrutura assim, compreende-se que a conduta puramente executiva — a do empregado da empresa que surge no último acto e que, por si só ou em conjugação com outros, produz o facto criminoso — não é sempre a mais relevante (...)” (120).

Num quadro como o descrito, é certo que estamos bem longe das situações clássicas de “domínio da organização” e, portanto, por exemplo, do “caso, em absoluto de laboratório, do governo, num regime ditatorial, que implanta uma maquinaria para eliminar (...) determinados grupos de pessoas. [Nessa situação], se o sujeito de trás, que comanda a estrutura organizativa, aperta o botão dando ordem de matar, pode confiar que a ordem será cumprida sem ter que conhecer o seu executor” (121). A situação aqui é naturalmente muito diversa. Todavia, bem se vê que estão criadas, na empresa, as condições para que o centro de gravidade da responsabilidade por autoria também não se situe, como vimos, exclusiva ou principalmente nos últimos níveis da cadeia hierárquica, recaindo antes nos respectivos dirigentes. Na explicação, pois, do referido centro de gravidade assumem, então, relevância determinante a identificação do “domínio funcional-sistémico da organização” pelos sujeitos da cúpula e a consideração da estruturação hierarquizada da empresa, incindível mesmo daquele domínio. É que se o princípio da hierarquia não pode ser sobreposto ao princípio horizontal da divisão do trabalho, o certo é que aquele está na origem do próprio problema, em si, da criminalidade de empresa tal como aqui entendido: se encontramos na organização empresarial a “cisão entre responsabilidade e acção” que torna tão complexa a imputação da responsabilidade individual nesse âmbito, é justamente por força da consagração do mesmo princípio. De resto, conforme vimos e é sublinhado por SCHÜNEMANN, a referida cisão é precisamente característica das instituições hierarquizadas (122).

17. Não se esqueça, por outro lado, que a própria divisão horizontal do trabalho conduz a uma difusão e neutralização da responsabilidade individual no con-

(120) “Responsabilidad...”, cit., pp. 368 e 369.

(121) ROXIN, *Autoría...*, cit., p. 370.

(122) Cfr. *supra* n.º 2.

texto da empresa, a ponto de se falar de uma “autoria do sistema” ou mesmo de “autocolocações em perigo da própria sociedade” (123). É que, muitas vezes, “o facto punível aparece aqui — não de modo diferente do que acontece com a actividade lícita da empresa — como o resultado da soma de actos parciais, quer dizer, fragmentários sob a perspectiva da totalidade dos elementos do tipo penal, que são executados por uma pluralidade de sujeitos da empresa (...)” (124). Este fenómeno surge, antes de mais, por força da repartição de tarefas na empresa, que permite dizer, significativamente, que a “organização da responsabilidade” ameaça converter-se na “organizada irresponsabilidade” (125): verifica-se, na realidade, que frequentemente a execução do facto está de tal modo dividida por uma pluralidade de funcionários que se torna difícil a identificação dos sujeitos concretamente responsáveis por ela. Sob outra perspectiva, a dimensão do colectivo ganha, no contexto empresarial, uma preponderância tal que dificulta a exigência de uma responsabilidade individual quando o crime se produz em consequência da actuação do colectivo.

Ora, é verdade que esta tendencial difusão do contributo dos “homens da frente” torna complexa a imputação da responsabilidade individual aos sujeitos materialmente responsáveis pelo facto punível. Todavia, no que nos interessa, ela vem reforçar, e sobretudo evidenciar, o papel dominante dos “centros de decisão”, nos quais há “pessoas com nomes e apelidos que tomam as decisões” (126) e que são, então, os principais responsáveis pela produção do facto típico (i.e. que são “aqueles que facticamente dominam o acontecimento”) (127), de tal maneira que não permite aceitar-se a ideia de uma “irresponsabilidade organizada” inevitável no seio da empresa.

(123) Sobre este ponto, cfr. MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría...”, p. 74 (especialmente nota 20). Repare-se que a questão que assim se encara não se confunde com o problema dos delitos cumulativos. Sobre ele, cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “‘What if everybody did it?’: sobre a ‘(in)capacidade de ressonância’ do Direito Penal à figura da acumulação”, separata da RPCC, Ano 13, n.º 3, Julho-Setembro 2003: ‘trata-se de saber se são admissíveis formas de imputação individual baseadas numa ideia de acção colectiva, ou seja, se podem constituir ilícitos-típicos comportamentos cuja razão de ser assenta numa lógica de massas, na circunstância de serem praticados por um grande número’ (p. 306). Claramente distinto é o problema da criminalidade de empresa em estudo, importando, pois, evitar que a ideia de “difusão” e “neutralização” da responsabilidade individual na empresa e o apelo à ideia (inaceitável) de uma “autoria do sistema” seja com ele confundida.

(124) GRACIA MARTÍN, “Responsabilidad penal de las empresas...”, *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, cit., p. 52.

(125) Cfr. SCHÜNEMANN, “Cuestiones...”, cit., p. 533, que, todavia, encara o fenómeno sob uma perspectiva não inteiramente coincidente.

(126) MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría...”, p. 74, nota 20.

(127) MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría...”, p. 74, nota 20.

Neste contexto, torna-se, então, também claro o papel estruturante do princípio da hierarquia, que molda necessária e decisivamente — importa repeti-lo — a técnica de imputação da responsabilidade na criminalidade de empresa.

18. A consideração da conjugação de factores referida impõe a conclusão de que a empresa apresenta condições estruturais que poderão aproximá-la, no seu funcionamento, das situações clássicas de “domínio da organização”, apesar das dificuldades inerentes ao reconhecimento de que ela não é dotada da rigidez hierárquica própria dos aparelhos de poder desvinculados do Direito, e não obstante o tendencialmente menor automatismo, decorrente, imediatamente, da sua integração na ordem jurídica.

Num enquadramento como o descrito, a aplicabilidade da construção da autoria mediata por “domínio da organização” supõe a concreta identificação das condições em que uma ordem ilegal dada pelos membros da cúpula consegue pôr a organização em movimento, em termos de permitir afirmar que a prática do facto típico não constitui um “empreendimento privado” (ou uma “iniciativa particular”) ⁽¹²⁸⁾ e se insere no quadro do funcionamento da empresa — actuando, portanto, os sujeitos “com” o aparelho e não “contra” ele, e não sendo, nesse âmbito, a “função de apelo” ⁽¹²⁹⁾ das normas jurídicas capaz de travar o automatismo de funcionamento da empresa e de eliminar a fungibilidade do executor. Em tal medida, este não relevará enquanto pessoa individual (conservando, no entanto, o seu domínio do facto, sob forma de domínio da acção) e o “sujeito de trás” não terá que delegar a realização do crime a uma decisão autónoma do agente material, permitindo fundamentar desse modo o seu domínio do facto (domínio da vontade).

19. Assim colocado o problema, toma-se evidente o carácter mais limitado — em virtude, pois, da atenuação da fungibilidade decorrente da integração da empresa no ordenamento jurídico — do campo de aplicação da construção roxiana aos problemas da criminalidade de empresa, em comparação com os casos clássicos da criminalidade estatal, para-estatal e, genericamente, dos aparelhos de poder à margem do Direito.

19.1. Importa, neste contexto, ponderar a especialização característica das empresas modernas enquanto obstáculo à fungibilidade do executor material na criminalidade de empresa. Poderia, na realidade, invocar-se, para afastar o recurso à figura, que, assente a empresa na especialização dos trabalhadores, os subordinados que executam o crime nunca seriam substituíveis arbitraria-

⁽¹²⁸⁾ Cfr. *supra* n.º 14.1.

⁽¹²⁹⁾ A expressão é utilizada por TERESA SERRA, “A autoria mediata...”, cit., p. 322.

mente, de tal maneira que a autoria mediata por “domínio da organização” sugeriria uma estrutura empresarial assente numa mão-de-obra não qualificada e, conseqüentemente, indiferenciada.

Verifica-se, todavia, que não é necessário, em muitos factos puníveis, especiais qualificações (i.e., habilitações) ⁽¹³⁰⁾ do executor para a sua realização material, existindo na empresa um número suficientemente amplo de funcionários capazes de a levar a cabo, deixando, assim, em aberto a respectiva fungibilidade.

Repare-se, a este propósito, que a existência de uma multiplicidade de funcionários em condições de realizar o facto não conduz, como consequência necessária ou automática, à afirmação do seu carácter fungível e, inerentemente, do domínio da vontade do sujeito que ordena a sua prática — afirmação esta que, de resto, levaria a um alargamento ilegítimo da autoria mediata em face da instigação. Se a fungibilidade, no sentido que lhe atribuímos enquanto requisito da forma de domínio do facto em análise, supõe a existência de uma pluralidade de executores em condições de realizar o facto típico, todavia não se basta com ela: tem que também ser possível afirmar que o “valor hierárquico superior” das leis não exclui o automatismo de funcionamento da organização empresarial, que justamente proporciona a fungibilidade do executor.

É neste âmbito que assume sentido dizer-se que a asserção de que não pode existir fungibilidade dos executores na empresa “poderá valer, por exemplo, em relação ao tipo penal do homicídio, [mas] não é evidente, ou mesmo plausível, quando se pensa em infracções fiscais, crimes económicos, delitos contra o meio ambiente (...)” ⁽¹³¹⁾. Naturalmente que o primeiro exemplo escapa ao conceito de criminalidade de empresa. Permite, porém, evidenciar que não há que excluir, *ab initio*, a fungibilidade quando estamos perante uma organização que prossegue a respectiva actividade integrada na ordem jurídica. Aliás, ainda os Autores que rejeitam a aplicabilidade à empresa da autoria mediata por “domínio da organização” não deixam de reconhecer, implicitamente, a possibilidade de o executor ser fungível. Assim, MUÑOZ CONDE ⁽¹³²⁾, por exemplo, refere que “maiores problemas pode apresentar a fungibilidade do executor (...) porque *nem sempre* é substituível arbitrariamente”. Repare-se, por outro lado, que a própria análise da criminalidade de empresa sob uma perspectiva criminológica revela, como explica SCHÜNEMANN, que “os membros inferiores da organização

⁽¹³⁰⁾ Repare-se que não estão em causa os crimes específicos, que, aliás, excluimos do campo desta análise.

⁽¹³¹⁾ CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “Observações suscitadas pela conferência do Professor Claus Roxin sobre ‘A autoria mediata através de domínio da organização’, proferida na Universidade Lusíada de Lisboa em 6 de Novembro de 2002”, *Colóquio Internacional de Direito Penal*, Universidade Lusíada, policopiado, Lisboa, 2002, p. 4.

⁽¹³²⁾ “Dominio de la voluntad...”, cit., p. 104.

da empresa são fungíveis num alto grau, de modo que a direcção dos comportamentos através das normas penais só pode conseguir uma efectividade limitada” (133), assumindo-se mesmo, então, a fungibilidade como uma das fontes dos problemas de política criminal que se levantam neste campo.

A existência de executores fungíveis é, aliás, propiciada, em larga medida, pela própria divisão do trabalho na empresa, à qual a especialização está subjacente. Integrando-se o contributo do indivíduo numa cadeia de actos parciais ou fragmentários tendentes à produção do facto, e surgindo o funcionário como sujeito anónimo na engrenagem, muitas vezes dificilmente identificável em concreto (134), fica facilitada, naturalmente, a respectiva substituibilidade.

19.2. Seja como for, interessa reconhecer que a construção do “domínio da organização” não é susceptível de ser aplicada quando a realização material do crime supõe conhecimentos ou aptidões especiais de que a generalidade dos membros da empresa não dispõe ou ainda uma específica posição na empresa: nestes casos, exclui-se a fungibilidade do executor e, conseqüentemente, o domínio da vontade dos “homens de trás”, que, então, assumirão o papel de instigadores e, portanto, de participantes.

Não obstante, este aspecto não é exclusivo, nem sequer característico, da criminalidade desenvolvida a partir da empresa. O mesmo sucede, em geral, no caso dos aparelhos de poder desvinculados do Direito. “Quando o serviço secreto de um regime criminoso ou o dirigente de uma organização terrorista escolhem, para determinado ataque, um indivíduo que é o único a dispor do *know-how* necessário para a sua realização, ou é o único a ter acesso à vítima, não se verifica autoria mediata mas instigação, na medida em que os homens de trás não possam exercer autoria mediata através do uso de coacção” (135).

Desta forma apenas se comprova, porém, que o “domínio da organização” não pretende ter validade absoluta enquanto critério de atribuição da responsabilidade no âmbito da empresa (como em geral), ao mesmo tempo que se evidencia que nem a hierarquia nem a competência para emitir ordens são capazes de fundar, por si, o domínio da vontade pelo “homem de trás”. Por essa razão

(133) “Cuestiones básicas...”, cit., p. 533.

(134) Cfr. *supra* n.º 17.

(135) ROXIN, “Autoria mediata...”, cit., p. 5, em defesa do critério da fungibilidade contra os seus críticos: “o domínio da organização [continua o Autor] também não é talhado para casos singulares como esses, mas para factos que apresentam características semelhantes e que são realizados por pessoas fungíveis (...) Trata-se antes de um modelo cujos elementos constitutivos têm que ser comparados com a realidade em cada caso. Esta figura jurídica afasta a possibilidade de co-autoria e instigação no âmbito de aparelhos organizados de poder apenas por via de regra, não tendo que ser assim em todo e qualquer caso”.

se volta a afirmar ⁽¹³⁶⁾ que não pode concordar-se com CONCEIÇÃO VALDÁGUA quando considera axiologicamente incoerente o critério da fungibilidade: nada justificaria o diferente tratamento do “agente da retaguarda” quando apenas um dos membros da organização tem as aptidões necessárias para a execução do facto criminoso e, mais que isso, ainda quando o único especialista disponível, em vez de estar integrado na organização dominada pelo agente mediato, se encontrasse fora dessa organização e interviesse apenas de tempos a tempos, em operações de determinado tipo, remuneradas caso a caso pela organização, com base em acordos pontuais propostos por ela ao executor “independente”, por ordem do agente mediato. Ainda perante este caso do *free-lancer* especializado, que actua a soldo da organização, não se descortinariam razões válidas para que o “homem de trás” passasse a ser tratado como simples instigador ⁽¹³⁷⁾. A consideração do sentido a atribuir ao requisito da fungibilidade, permitindo a superação do princípio da responsabilidade em moldes que o critério da subordinação voluntária à decisão do agente mediato não proporciona, excluirá a possibilidade de se ver o único especialista capaz de levar a cabo o facto típico como “instrumento” de um “agente da retaguarda”, que assim se assumiria como autor mediato. Faltam aí, na realidade, todos os pressupostos do domínio da vontade pelo “homem de trás”.

20. Certo é, em todo o caso, que a especialização característica da empresa não se assume como obstáculo à fungibilidade dos executores. Pergunta-se, porém, se não tem razão ROXIN ⁽¹³⁸⁾ quando, rejeitando a aplicabilidade da sua construção às organizações empresariais, afirma que “quando numa grande empresa que participa na vida económica dentro do ordenamento jurídico, um chefe de departamento incita um empregado a cometer uma falsificação de documento, é somente instigador do crime cometido como autor pelo empregado (ainda quando este seja fungível), posto que, numa organização que trabalha no quadro da legalidade, deve esperar-se que as ordens ilícitas não sejam obedecidas”.

Estamos, verdadeiramente, neste caso, perante instigação e não autoria. Daí não pode, porém, extrapolar-se uma genérica insusceptibilidade de aplicação da figura à criminalidade de empresa. O que sucede é que não estão, efectivamente, preenchidas as condições que permitem afirmar que a ordem ilegal pôs a organização em movimento, de tal maneira que a realização do facto típico se inseriu no quadro do funcionamento da empresa, sem que releve a pessoa individual do executor. O que há é o “empreendimento privado” ou a “iniciativa particular” de que fala ROXIN ⁽¹³⁹⁾: aquele concreto indivíduo teve que ser atraído

(136) Cfr. *supra* n.º 3.

(137) Cfr. CONCEIÇÃO VALDÁGUA, “Autoria mediata...”, cit., p. 662.

(138) Cfr. o aditamento de 1999 à última edição de *Autoria...*, cit., p. 729.

(139) Cfr. *supra* n.º 14.4.

para o plano criminoso como interveniente individual, sem que haja qualquer automatismo de funcionamento e, portanto, em rigor, qualquer fungibilidade ou substituíbilidade arbitrária. Poderia objectar-se, pretendendo-se que se houver uma multiplicidade de funcionários dispostos e em condições de levar a cabo o facto se aquele concreto indivíduo se recusar a fazê-lo ⁽¹⁴⁰⁾ já existirá fungibilidade do executor, que é o fundamento último do domínio do facto pelo “homem de trás”. Não é assim. Não só porque, no limite, estaríamos a regressar ao critério da “disponibilidade incondicional para a prática do facto” ou à ideia de uma autoria mediata por “poder de instrução” ⁽¹⁴¹⁾, mas, sobretudo, porque tal conclusão significaria operar a transposição automática para a empresa da construção do “domínio da organização” nos exactos termos que rejeitámos. Aquele que emite a ordem na empresa só é autor mediato quando a prática do facto típico se deu através do aproveitamento das próprias “condições de enquadramento” da empresa, em termos de se poder dizer que o seu contributo desencadeou um percurso “regular” e “previsível”, desembocando quase automaticamente no facto. Ora, isso não acontece em toda e qualquer situação de criminalidade de empresa.

21. Assim se compreende que o principal obstáculo à aplicabilidade da figura do “domínio da organização” à empresa é que, estando esta integrada na ordem jurídica, os subordinados estão vinculados ao cumprimento das leis que têm um “valor hierárquico superior” ⁽¹⁴²⁾ que exclui a execução de ordens ilícitas. O princípio elementar, vigente em qualquer Estado de Direito, segundo o qual o dever de obediência hierárquica cessa quando conduz à prática de um crime eliminaria, pois, a possibilidade de domínio do facto por qualquer “homem de trás” ⁽¹⁴³⁾.

Do sentido instrumental que atribuímos ao requisito da desvinculação do Direito resulta a natural impossibilidade de uma ampliação da figura do “domínio da organização” que não tenha em conta aquele princípio-base de auto-responsabilidade, sem o que verdadeiramente se atribuiria ao indivíduo “um estatuto de menoridade que, em última análise, atenta decididamente contra a sua própria dignidade” ⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ A referência de ROXIN à impossibilidade de aplicação da construção da autoria mediata por “domínio da organização” à empresa ainda quando os “funcionários sejam fungíveis” só pode merecer concordância se interpretada no sentido de se referir à existência de uma pluralidade de funcionários capazes de levar a cabo o facto típico. Na medida em que seja possível afirmar já, verdadeiramente, a “fungibilidade” do executor, que vimos implicar mais que essa pluralidade de subordinados, terá que, coerentemente, afirmar-se o domínio da vontade dos “homens de trás” que emitem a ordem ilícita.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. a referência a esta concepção em AMBOS, “Domínio...”, cit., pp. 50 e ss.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. *supra*, sobretudo n.ºs 14.3 e 18.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. TERESA SERRA, “A autoria mediata...”, p. 319.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. TERESA SERRA, “A autoria mediata...”, p. 321.

É que “ainda que o subordinado tenha uma prévia disposição para cumprir ordens, ele decide de forma autónoma, livre e voluntária, pois nada o obriga a actuar de forma ilícita” (145). É verdade, como afirma JAKOBS (146), que o executor juridicamente não actua de modo automático, sem que se deixe corromper pela ordem: ora, mesmo que não se vá tão longe quanto este Autor e se pretenda negar a possibilidade de ocorrer o automatismo de funcionamento inerente à fungibilidade do executor ainda no caso de aparelhos de poder desvinculados do Direito, não há-de ignorar-se que, em organizações integradas na ordem jurídica, o Direito espera que o funcionário se recuse a praticar o facto punível e que, se ele o executa, fá-lo, então, de forma livre, autónoma e responsável.

Assim se pode considerar que, na medida em que as normas jurídicas e os instrumentos sancionatórios que lhe estão associados cumpram a sua “função de apelo” — e só nessa medida —, serão susceptíveis de travar o automatismo de funcionamento da empresa, evidenciando-se aquele sentido instrumental conferido à desvinculação do Direito. Na realidade, se a integração da organização empresarial na ordem jurídica não é por si bastante para afastar a fungibilidade do executor, haverá que reconhecer a possibilidade de se verificar nela o automatismo de funcionamento capaz de fundamentar o domínio da vontade pelos “homens de trás”, de tal modo que “o princípio da autonomia ou auto-responsabilidade não pode operar como barreira de imputação” (147).

Ora, a aplicação da figura do “domínio da organização” não exige que “a existência de normas penais positivas que prevêm a punição de quem as viole” seja “uma existência formal, pelo menos para todos quantos os que integram o aparelho de poder”, existindo um “sentimento de impunidade total entre os membros do aparelho” (148). Não pode, pois, entender-se genericamente, ignorando as especificidades das diferentes estruturas organizativas, que, fora desses casos extremos, falta aquele automatismo inerente à fungibilidade e que “o funcionamento do aparelho assentará, fundamentalmente, na disposição que o executor manifesta para violar a lei, uma disposição que pode ter motivação diversa. O que, em todo o caso, indicia uma situação bem próxima da instigação do que uma autoria mediata” (149).

22. Nestes termos, deve reconhecer-se que a construção da autoria mediata por “domínio da organização” poderá ter aplicação (demonstrando-se em

(145) ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, “Criminalidad...”, cit., p. 120.

(146) Cfr. *supra* n.º 12.

(147) SILVA SÁNCHEZ, “Responsabilidad...”, cit., p. 370.

(148) TERESA SERRA, “A autoria mediata...”, p. 322, referindo-se à situação que se instala quando uma “clique autoritária” se apodera do aparelho de Estado e instaura uma ditadura terrorista.

(149) TERESA SERRA, “A autoria mediata...”, p. 323.

concreto os seus requisitos) à criminalidade de empresa quando haja um esbatimento da “função de apelo” das regras jurídicas e se verifique que “a direcção dos comportamentos através das normas só pode conseguir uma efectividade limitada”, sobretudo porque “as instâncias mais baixas da hierarquia da empresa só têm uma pequena força de resistência frente a uma ‘atitude criminal de grupo’ — quer dizer, face a usuais práticas irregulares da empresa — em virtude da sua vinculação ao estabelecimento, da notoriamente elevada disposição para a obediência do homem no sistema hierárquico e da evidente técnica de neutralização ‘mas se eu só actuo de um modo altruísta em interesse da casa’ (150).

O enquadramento da organização empresarial descrito faz, na verdade, relevar o poder de mando do superior, constantemente dado, e a absorção envolvente do subordinado no agrupamento, que assegura a sua obediência (151), conferindo aos dirigentes, sobretudo por via do princípio da hierarquia, o “domínio funcional, sistémico” da organização e dos seus membros. A conjugação de tal enquadramento com o esbatimento da “função de apelo” das normas — decorrente ele próprio, também, das “condições de enquadramento” da empresa e que está inclusivamente na origem dos problemas político-criminais ligados à prevenção da criminalidade de empresa — explica que, não obstante a integração da empresa na ordem jurídica, uma ordem ilegal possa pôr a organização em funcionamento, conduzindo de modo quase automático ao facto, de tal maneira que permite afirmar o domínio da vontade pelos “homens de trás”. O princípio da autonomia ou auto-responsabilidade não funcionará, então, como obstáculo à aplicação da figura do “domínio da organização” e, conseqüentemente, como barreira de imputação do facto aos “agentes da retaguarda”.

Ou seja, devido ao próprio enquadramento estrutural da organização empresarial, verifica-se que as normas jurídicas e os instrumentos sancionatórios que as reforçam só têm uma reduzida capacidade de orientar a actuação dos sujeitos que se situam nos níveis inferiores da hierarquia e que executam materialmente o crime sem todavia serem os verdadeiros responsáveis por ele. Relevo particular assume naturalmente, neste contexto, a repartição horizontal das tarefas que tende a conduzir à difusão da responsabilidade individual e mesmo à referida “irresponsabilidade organizada”, para lá do próprio princípio da hierarquia e do “domínio funcional-sistémico” exercido pela cúpula sobre os diversos sujeitos integrados na organização, que, em larga medida, justifica

(150) SCHÜNEMANN, “Cuestiones basicas...”, cit., p. 533, caracterizando, em geral, a criminalidade de empresa.

(151) Cfr. BOTTKE, “Responsabilidad por la no evitacion de hechos punibles de subordinados en la empresa economica”, *Responsabilidad penal de las empresa...*, cit., p. 136, que, não obstante, tem em vista o problema (distinto) do dever de garante do empresário.

aquela menor capacidade de resistência face a práticas irregulares habituais na empresa.

Assim se pode, pois, dizer que, quando em concreto se verifique o referido esbatimento da “função de apelo” das normas, por via da própria estrutura característica da empresa, a não desvinculação do Direito não obsta à fungibilidade dos executores e estão criadas as condições que permitem o recurso à figura do domínio da vontade por “domínio da organização”. Concluir-se-á, então, que o domínio do facto pertence, nesses casos, aos “homens da cúpula” porque estes, na expressão do BGH, “através de estruturas organizativas, se aproveitam de condições de enquadramento determinadas no seio das quais o seu contributo para o facto desencadeia um percurso regular, previsível”. Serão, então, autores mediatos em virtude do “domínio da organização”.

Neste quadro, tem interesse considerar a delimitação de um campo possível de aplicação da figura nos termos a que FIGUEIREDO DIAS alude⁽¹⁵²⁾. O Autor, considerando a “oposição” ao ordenamento jurídico como pressuposto do “domínio da organização”, afirma, no entanto, ser pensável uma zona particular da criminalidade de empresa em que o funcionamento da empresa pode aproximar-se dos aparelhos organizados de poder e justificar o recurso àquela construção — concretamente no caso de algumas incriminações de Direito Penal secundário que se relacionam com fins primordialmente organizativos e que, sendo privadas de qualquer conotação ético-social, são entendidas, de uma perspectiva estritamente empresarial, como mero obstáculo à prossecução do lucro, enquanto fim lícito da actividade económica⁽¹⁵³⁾. Porém, “sem excluir que, no futuro, isto possa suceder, a demarcação precisa do âmbito de aplicação do domínio-da-organização à esfera empresarial apresenta-se, actualmente, como tarefa impossível”. Tal circunstância motiva — conclui então FIGUEIREDO DIAS — “inteira concordância com a doutrina que, ao menos por enquanto, não inclui o seu funcionamento na esfera em apreciação”.

Na medida, todavia, em que, perante o caso concreto, se conclua que o facto típico foi praticado num enquadramento tal que se verificou a estrutura de domínio da vontade característica do “domínio da organização”, não parece que as dificuldades dogmáticas de uma abstracta delimitação de um campo prévio de aplicação da figura possam obstar à afirmação da autoria mediata dos “homens de trás”, pois que justamente se há-de reconhecer então a adequação dogmática e polí-

(152) “Autoría e participación...”, cit., p. 106.

(153) Deixa-se de parte o problema da constitucionalidade das incriminações em causa face aos limites que decorrem do artigo 18.º/2 da Constituição e da consequente exigência de que os bens jurídicos a tutelar penalmente sejam dotados de “referente pessoal”, individual ou difuso (cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “What if everybody did it? ...”, cit., pp. 327 e ss.).

tico-criminal da construção. A susceptibilidade de se afirmar o domínio do facto por “domínio da organização” não depende de uma exacta pré-delimitação do respectivo campo de aplicação, designadamente no sentido da identificação dos tipos incriminadores que poderão ser desse modo realizados. O que se exige é, nos termos gerais, tão-somente a comprovação, em concreto, dos requisitos de que depende o automatismo de funcionamento do aparelho, que faculta a fungibilidade do executor material e, conseqüentemente, que atribui o domínio da vontade aos “homens de trás”. Ora, desta maneira torna-se claro, quando estejam em causa condutas sem um desvalor ético relevante, que a integração da empresa na ordem jurídica e o princípio da auto-responsabilidade nem sempre funcionam como barreira à imputação do facto aos dirigentes ⁽¹⁵⁴⁾. Determinante na aplicabilidade da figura será a identificação daquelas condições estruturais que aproximam o funcionamento da empresa dos aparelhos de poder desvinculados do Direito e que conduzem ao referido esbatimento da “função de apelo” das normas, sem que haja que recusar a aplicação da autoria mediata por “domínio da organização” devido às dificuldades teóricas em concretizá-la em termos prévios e abstractos ⁽¹⁵⁵⁾.

23. Podemos, deste modo, concluir que a autoria mediata por “domínio da organização”, ao permitir, nos termos referidos, a compreensão valorativamente correcta dos dirigentes como autores, se assume como instrumento dogmático adequado à imputação da responsabilidade penal individual no âmbito da empresa, comprovando a capacidade das categorias tradicionais da comparticipação criminosa de se adaptarem a novos problemas, evitando “dogmáticas alternativas” que podem, em qualquer momento, converter-se em ‘alternativas à dog-

⁽¹⁵⁴⁾ Afigura-se-nos, todavia, que, equacionado nos termos em que o faz FIGUEIREDO DIAS, o campo de aplicação da figura do “domínio da organização” se restringe em demasia, dele se excluindo tipos incriminadores relativamente aos quais aquela poderá ter particular utilidade. A este respeito, cfr., por exemplo, a referência de ANABELA MIRANDA RODRIGUES (em comentário ao artigo 279.º do Código Penal, no *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II (dir. Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra, 1999, p. 958) ao interesse que aquela construção do “domínio da organização” poderá ter no âmbito do crime de poluição, claramente não abrangido por FIGUEIREDO DIAS. Não se aborda aqui a questão da estrutura do ilícito-típico do artigo 279.º do Código Penal e das características do bem jurídico tutelado (a este propósito cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz de uma reconstrução de uma distinção clássica, tese de doutoramento ainda não publicada, apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2003, em especial pp. 869 e ss.).

⁽¹⁵⁵⁾ Nesse sentido o problema não deixa de se assemelhar ao da própria responsabilidade das pessoas colectivas, defendida por FIGUEIREDO DIAS (cfr. designadamente, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais. Doutrina Geral do Crime*, Coimbra, 1996, pp. 20 e ss.) e legislativamente consagrada entre nós, não obstante as dificuldades dogmáticas que a sua explicação continua reconhecidamente a envolver.

mática', incompatíveis com a regra do Estado de Direito e, como tal, democraticamente ilegítimas" (156).

Os perigos de descaracterização e de um recurso abusivo à figura serão afastados na medida em que se procure uma delimitação das condições que permitirão, em concreto, identificar o domínio do facto dos "homens de trás", e na medida em que se reconheça que a construção do "domínio da organização" não tem aplicabilidade absoluta nem exclui outras formas de participação no âmbito da empresa. Assim se assegura o respeito pelo sistema dogmático garantístico do Direito Penal, ao mesmo tempo que se asseguram as finalidades preventivas ao nível da política criminal.

Por outro lado, o reconhecimento de que a defesa da aplicabilidade da construção do "domínio da organização" (sob condições definidas) à criminalidade de empresa não resolve, nem esgota, os problemas de atribuição da responsabilidade nesse âmbito e, paralelamente, a comprovação da impossibilidade de se "alcançar uma solução unitária, completamente isenta de contradições e plenamente satisfatória" desses problemas, não permite, por si, afastar o recurso à figura, como solução dogmática e político-criminalmente adequada e conforme aos "princípios reguladores" (157) que integram o conceito de "domínio do facto".

Assim se pode reafirmar que a existência de situações de fronteira no âmbito da imputação da responsabilidade penal não afecta a possibilidade das categorias da participação criminosa, à luz da teoria do domínio do facto, fundamentarem materialmente essa mesma imputação e servirem de base à distinção entre autoria e participação (158).

(156) FIGUEIREDO DIAS, "Autoría y participación...", cit., p. 107.

(157) ROXIN, *Autoría...*, cit., p. 148.

(158) Uma via de solução alternativa à autoria mediata por "domínio da organização" é avançada por ROXIN, "A autoria mediata...", *Colóquio Internacional de Direito Penal*, Universidade Lusíada, Novembro 2002, cit., pp. 11 e 12: a existência de uma posição de garante do dirigente da empresa faria dele autor segundo as regras dos crimes de dever; tratar-se-ia de um caso de autoria por omissão, "que não é excluída por o garante que não evitou o resultado ter ainda participado activamente no delito. Todavia, não se trata de casos de activo domínio do facto". Seria mesmo possível falar-se numa "autoria mediata através de posição de dever" como forma autónoma de autoria mediata. São claras as dificuldades da via apontada: havendo uma decisão dos próprios dirigentes, estamos perante um claro comportamento activo destes na realização do facto; existe acção (quer naturalística, quer normativamente) e não omissão, a valorar autonomamente. A identificação de uma posição de garante do empresário só poderá fundar um crime de comissão por omissão, nos termos gerais. Coloca-se, por outro lado, o problema (que se afasta do objecto de estudo) da admissibilidade da autoria mediata por omissão, negada em geral por ROXIN (cfr. *Autoría...*, cit., p. 511) e pergunta-se se existem na criminalidade de empresa especificidades susceptíveis de justificar a diferença de solução a este respeito admitida (implicitamente) pelo Autor.