

«Algumas considerações sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial»*

Susana Aires de Sousa**

Resumo: O estudo que ora se apresenta toma por núcleo problemático a imputação individual de condutas criminosas, realizadas no âmbito empresarial, por aqueles que exercem funções de direcção e gestão. Num primeiro momento consideram-se, de forma sucinta, os crimes societários especificamente dirigidos aos gerentes e administradores da sociedade comercial de forma a explicitar as razões da sua rara aplicação no ordenamento jurídico português. Num segundo momento atende-se às figuras clássicas vigentes em matéria de autoria e comparticipação criminosa, bem como ao instituto da omissão impura como possíveis fundamentos da imputação e da responsabilidade criminal dos dirigentes empresariais.

Palavras-chave: Crimes societários; Comparticipação; Instigação-autoria; Omissão.

Abstract: The individual imputation of criminal conducts, in the context of business companies, by those in charge of the management, constitutes the main purpose of the present study. We first briefly consider the enterprise crimes which are specifically aimed at the managers and administrators of the company, and clarify the reasons behind its non-application in portuguese law. The classical figures of criminal authorship and co-participation are henceforth presented, as well as the category of omission (when one fails to perform a dutiful act), as possible grounds for criminal imputation and liability of those who manage the business corporation.

Keywords: Enterprise crime; Co-participation; Incitement; Omission and duty to act;

1. Introdução

* O estudo que ora se publica corresponde, em grande parte, a uma conferência que autora teve oportunidade de proferir a convite – que penhoradamente agradece – da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Superior de Leiria (Portugal), a 28 de Abril de 2010, no âmbito da V Conferência Jurídica subordinada ao tema “Direito Penal da Empresa”. Introduziram-se algumas actualizações e referências bibliográficas. No entanto, manteve-se a natureza eminentemente oral inerente à origem do texto. Impõe-se ainda uma reconhecida palavra de agradecimento e saudação ao Dr. Marco Aurélio Borges de Paula, Colega e Amigo dos tempos de Coimbra.

** Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal).

A matéria da responsabilidade dos dirigentes empresariais é de uma pertinente actualidade. Com frequência se refere na literatura a emergência, ao longo do século XX, de uma criminalidade de grupo, hoje testemunhada pela ruptura financeira de empresas com enorme dimensão económica e social, muito por causa de actos de gestão danosa dos seus dirigentes. Como ponto de partida às reflexões propostas por este estudo, toma-se como pretexto a história de uma destas empresas, contada em traços gerais e, porventura, sem o rigor que uma análise histórica exigiria.

«Era uma vez uma pequena empresa familiar, fundada em 1961 e dedicada à produção de leite pasteurizado e de géneros alimentícios derivados do leite. Graças ao espírito de iniciativa do seu proprietário, Calisto Tanzi, e mercê também dos generosos subsídios obtidos junto da Comunidade Económica Europeia, a empresa expande-se de tal forma que na década de 90 do século passado chega a estar presente em mais de 30 países e a dar emprego a milhares de pessoas. A sua actividade estende-se a diversos sectores económicos, desde a compra de meios de comunicação social até ao apoio financeiro de alguns dos maiores clubes futebolísticos mundiais. Nos finais dos anos 90 a empresa tem uma forte presença no mercado e inicia, através do recurso a entidades financeiras, uma série de aquisições internacionais. A aparência sólida da empresa facilitava a concessão de crédito. Até que em Novembro de 2003, a liquidez financeira da empresa é posta em causa pelo mercado. Com o objectivo de tranquilizar o mercado, aquela sociedade comercial assegura a existência de um fundo monetário num banco sediado nas Ilhas Caimão. Até que o Bank of America, com que a empresa trabalhava, declara em Dezembro a inexistência daquele fundo, bem como o seu carácter fraudulento. As acções sofrem uma queda vertiginosa no mercado de valores mobiliários. Progressivamente descobre-se o alcance da fraude: o endividamento da empresa rondava 10 mil milhões de euros, tendo sido intencionalmente dissimulado, através da falsificação dos documentos contabilísticos, ao longo de vários anos. Rapidamente é declarada a falência da empresa (mais tarde salva pela intervenção do Governo) em Dezembro de 2003, com consequências desastrosas para os investidores, accionistas e trabalhadores da empresa. Alguns dos dirigentes da Parmalat, e entre eles Calisto Tanzi, são então acusados de vários crimes, entre os quais, crimes de falsificação de balanço, fraude fiscal e branqueamento de capitais. Ao fim de cinco anos, a 18 de Dezembro de 2008, Calisto

Tanzi foi condenado, pela primeira secção penal do tribunal de primeira instância de Milão, a 10 anos de prisão, pelos crimes de manipulação de informação no mercado mobiliário, impedimento à actividade de vigilância, e falsificação de documentos contabilísticos sujeitos a revisores de conta. A confirmação da condenação de Tanzi em recurso foi recentemente noticiada, com grande destaque, pelos meios de comunicação social¹».

O caso *Parmalat* não é único. A fraude em empresas de grande dimensão tem sido notícia recorrente na última década: basta pensar em empresas como a *Enron*, a *Arthur Andersen*, ou mais recentemente, no sector financeiro, a *Lehman-Brothers*, a *Bernard Madoff Investment Securities*, e ainda, em alguns países europeus, as investigações criminais em curso no sector bancário. Todavia, esta história serve para introduzir o problema que constitui objecto das reflexões seguintes: a responsabilidade criminal do dirigente da empresa.

Em Portugal esta questão assume grande relevância, especialmente se se considerar que a legislação portuguesa se encontra hoje desactualizada para responder aos específicos problemas que se levantam em matéria criminal no âmbito das sociedades comerciais.

Assim, a exposição que segue divide-se em duas partes:

a) num primeiro momento, discute-se em que medida a lei portuguesa responde a estas situações, através de crimes específicos, relativos à punição de actos de má-gestão ou administração do dirigente empresarial;

b) num segundo momento, atende-se à questão de saber em que medida é que o director ou gerente pode ou deve ser responsável por um qualquer acto criminoso que ocorra no contexto da sua empresa.

2. Os crimes societários

Em Portugal, o Código das Sociedades Comerciais prevê, nos artigos 509.º a 526.º, um conjunto de incriminações que tipificam algumas condutas dos gerentes ou

¹ Cf. http://www.corriere.it/cronache/10_maggio_26/parmalat-tanzi-crac-appello-condanna-10-anni_5e813e54-68d0-11df-9742-00144f02aabe.shtml

administradores da empresa². Apesar da relevância destas incriminações em outros países, como Espanha (onde os crimes societários integram o Código Penal), França (são mais de setenta delitos) ou Itália (onde serviram à condenação de Tanzi), em Portugal elas têm sido votadas ao esquecimento, apesar de se tratar de crimes públicos, de denúncia obrigatória para o fiscal único, o revisor oficial de contas e membros do Conselho Fiscal, nos termos do artigo 422.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais³.

Todavia, parte deste esquecimento é explicável por problemas de técnica legislativa na construção daquelas normas, tanto na escolha das condutas criminalizadas como nas sanções que lhes são aplicáveis. Com efeito, o legislador criminalizou comportamentos que, de um ponto de vista da mínima intervenção penal e do princípio de *ultima ratio* são de duvidosa relevância criminal. Por exemplo, entre as condutas incriminadas conta-se a *Convocatória enganosa da assembleia-geral de sócios* (520.º) ou a *Recusa ilícita de lavrar a acta* (artigo 521.º), que correspondem a situações que poderiam ser tuteladas, com eficiência, pelo direito administrativo por via das contra-ordenações. Por outro lado, não se encontram incriminadas, *pelo menos directamente*, condutas de especial gravidade para o normal funcionamento da sociedade comercial como a *falsificação de documentos contabilísticos*.

Como exemplo de incriminações mais relevantes, pode apontar-se, tal como em Itália, o crime de *Impedimento de fiscalização* (artigo 522.º), o crime de *Distribuição ilícita de bens da sociedade* (artigo 514.º) ou a *Prestação de informações falsas por parte dos gerentes ou administradores da sociedade* (artigo 519.º). Todavia, as penas que correspondem a estas condutas são de tal modo reduzidas (na sua maioria penas de multa autónoma ou cumulada com penas muito curtas de prisão, *v. g.*, até 3 ou 6 meses) que se torna relativamente fácil a prescrição do procedimento criminal. A sanção mais grave prevista corresponde à pena do crime de *Infidelidade patrimonial* do Código Penal, previsto no artigo

² Um análise desenvolvida destas normas incriminatórias em SILVA, Germano Marques da, «Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – Considerações Gerais», Textos Sociedades Comerciais, Centro de Estudos Judiciários, 1991, p. 39-49; SOUSA, Susana Aires de, «Direito penal das sociedades comerciais. Qual o bem jurídico?», RPCC, ano 12 (2002), p. 49-77; FERNANDES, Gabriela Paris, «O crime de distribuição ilícita de bens da sociedade», Direito e Justiça, vol. XV, Tomo 2, p. 231-331; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, «Falsificação de informação nas sociedades abertas», Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 16, Abril de 2003, p. 99-135.

³ Para uma análise de direito comparado, SOUSA, Susana Aires de, «Direito penal das sociedades comerciais...», *op. cit.*, p. 59 e ss.

224.º e punido com pena de prisão até três anos ou pena de multa⁴. Estas razões, conjugadas com uma certa tolerância da sociedade relativamente aos ilícitos que decorrem no interior da empresa – afinal esse é o mundo dos negócios – permite compreender que a *praxis* jurídica não aplique aquelas normas. Não são conhecidos casos nos tribunais superiores e poucos são aqueles que ultrapassam a fase processual do inquérito.

3. Os crimes comuns: a participação e a omissão

A criminalidade empresarial refere-se a uma prática criminosa estruturada e, nesse sentido, organizada. A evolução do último século trouxe o surgimento de grandes empresas, de sociedades multinacionais, com uma estrutura fortemente organizada e complexa, em que é por vezes difícil determinar quem foi o autor do crime, até porque mais das vezes se trata de uma actuação conjunta, em grupo.

O cenário empresarial, assente, por um lado, numa estrutura complexa e hierárquica, e por outro, na divisão do trabalho, potencia a separação entre a origem da decisão criminosa e aqueles que a executam. Deste modo, torna-se cada vez mais problemático imputar individualmente os factos desvaliosos e criminalmente relevantes. Como refere Schünemann, a descentralização das decisões (e da sua execução) nas empresas de hoje comporta o risco de converter a organização da responsabilidade em irresponsabilidade organizada⁵. Na verdade, categorias dogmáticamente estruturantes da Parte Geral do Direito Penal, por exemplo em matéria de participação e autoria, são agora confrontadas com uma nova e interpelante realidade problemática – longínqua do quadro típico individual em que foram pensadas (*v. g.*, é ainda possível aplicar no quadro da empresa a figura da autoria mediata pensada para casos em que o autor leva por engano outra pessoa a cometer o crime?)

Deve aliás referir-se, a este propósito, que a tendência da literatura europeia e internacional tem sido justamente no sentido de responsabilizar em primeira linha os

⁴ Acontece que ao tempo da entrada em vigor destas normas (em 1987) a pena prevista para o crime de *Infidelidade Patrimonial* era a de prisão até um ano. Com a revisão, em 1995, do Código Penal houve uma agravamento desta pena para 3 anos. Isto significa que, ao manter-se nos crimes societários a remissão sem mais para a pena prevista para o crime de Infidelidade, as sanções se tornaram desajustadas e desproporcionadas.

⁵ Cf. *Delincuencia Empresarial: Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal*, Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2004, p. 25.

órgãos de direcção, isto é, de responsabilizar o máximo possível “para cima”⁶. Considere-se, a título de exemplo, o artigo 12.º do *Corpus Iuris 2000*, na versão de Florença, onde se prevê a responsabilidade criminal do director da empresa ou da pessoa que exerça poderes de decisão ou controlo no seio empresarial⁷. Ou ainda, igualmente a título de exemplo, o artigo 28.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, referente à responsabilidade criminal dos chefes militares e outros superiores hierárquicos, pelos crimes cometidos pelas forças que estão no seu comando⁸.

Também, neste contexto, são sempre referidas as decisões do *Bundesgerichtshof* (BGH) alemão, ao pronunciar-se sobre a responsabilidade criminal de dirigentes do governo da República Democrática Alemã (RDA): no “caso Krenz”, este tribunal admitiu pela primeira vez a autoria mediata, através do domínio da organização, de um dirigente da RDA, pela morte de pessoas que procuravam abandonar aquele país em direcção à Alemanha ocidental. Na mesma decisão o tribunal aproveitou para sublinhar que a figura

⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *Annuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LV (2002), p. 11.

⁷ Este projecto encontra-se disponível em <http://www2.law.uu.nl/wiarda/corpus/art-frans.pdf> (consultado em Agosto de 2008). Transcreve-se, de seguida, o referido artigo na versão francesa: «1. Au cas où l'une des infractions définies ci-dessus (articles 1 à 8) a été commise pour le compte de l'entreprise par une personne soumise à leur autorité, sont également responsables pénalement les chefs d'entreprise et toute autre personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise qui, en connaissance de cause, ont laissé commettre l'infraction. 2. Il en va de même pour tout officier public qui, en connaissance de cause, laisse commettre une infraction définie aux articles 1 à 8 par une personne travaillant sous sa responsabilité. 3. Si l'une des infractions aux articles 1 à 8 est commise par une personne soumise à leur autorité, sont également responsables pénalement les chefs d'entreprise et toute autre personne ayant le pouvoir de décision ou de contrôle au sein d'une entreprise s'ils n'ont pas exercé le contrôle nécessaire et si ce manque de contrôle a facilité l'accomplissement de l'infraction».

⁸ O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, de 18 de Janeiro, e publicado no Diário da República de 18 de Janeiro de 2002, refere-se no artigo 28.º à responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos e dispõe o seguinte: «Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal: a) O chefe militar, ou a pessoa que actue efectivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob a sua autoridade e controlo efectivos, conforme o caso, pelo facto de não exercer um controlo apropriado sobre essas forças, quando: i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal; b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controlo efectivos, pelo facto de não ter exercido um controlo apropriado sobre esses subordinados, quando: i) O superior hierárquico teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes; ii) Esses crimes estavam relacionados com actividades sob a sua responsabilidade e controlo efectivos; e iii) O superior hierárquico não adoptou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal». A extensão desta norma tem suscitado algumas críticas por parte de alguns autores como SCHÜNEMANN, Bernd, «Responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 12, nota 14.

da autoria mediata, através do domínio da organização, serve igualmente para resolver «o problema da responsabilidade no âmbito da empresa económica»⁹.

Todavia, esta tendência de responsabilização para cima tem merecido também algumas críticas: a complexidade da estrutura empresarial, baseada no princípio da divisão do trabalho, conduz a uma descentralização das decisões (e das acções) e, conseqüentemente, transforma o poder inicial de domínio dos órgãos directivos num poder meramente intermediário, traduzido numa mera função de coordenação. Por isso, imputar sem mais às pessoas físicas que estão na cúpula do sistema as obras deste como uma acção própria é criar uma responsabilidade objectiva, que prescinde da culpa, no âmbito do direito penal.

Trata-se de um argumento importante que não pode ser desconsiderado. O direito penal não pode prescindir da culpa como pressuposto essencial de uma pena. Apresenta-se assim como essencial e necessário repensar as categorias tradicionais em matéria de autoria e comparticipação atendendo a este tipo de criminalidade. Tarefa a que a doutrina penal não pode escusar-se.

Julgo que, em última instância, só caso a caso será possível determinar qual o papel desempenhado por cada um dos intervenientes e, em particular, averiguar da responsabilidade dos órgãos dirigentes da empresa. Todavia, segundo cremos, os princípios clássicos relativos à autoria e participação ainda cumprem um importante e necessário papel na resolução de alguns dos mais intrincados problemas que dominam a autoria criminosa no contexto empresarial.

Proponho assim que analisemos duas situações específicas:

a) em primeiro lugar, tome-se o caso em que o subordinado, executor material, comete um delito comum a mando do superior, dirigente empresarial, actuando com dolo (*v. g.*, o trabalhador efectua durante a noite, por ordem e segundo as indicações do seu

⁹ Trata-se da decisão do BGH de 26 de Julho de 1994, publicada em BGHSt, 40, p. 237. Contudo, a consideração da figura dos *aparelhos organizados de poder* numa decisão judicial, como forma de fundamentar o domínio do facto criminoso pelo autor mediato, havia já sido preconizada por outros tribunais: na Argentina, esta figura foi aplicada nas sentenças que condenaram os chefes das forças armadas por actos cometidos durante a ditadura militar, cf. mais desenvolvidamente, FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerarquicas: la Autoría Mediata con Aparatos Organizados de Poder*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 32. Também ROXIN, Claus, *Strafrecht II*, München: Verlag C. H. Beck, 2003, p. 48.

superior, uma descarga poluidora no rio vizinho à empresa, em violação do disposto no artigo 279.º do Código Penal);

b) em segundo lugar, considere-se a hipótese de um trabalhador actuar criminosamente, sem que haja qualquer ordem expressa do seu superior nesse sentido (*v. g.*, o trabalhador que acondiciona de forma errada, violando os deveres de cuidado que sobre ele impendem, o alimento produzido pela empresa, o que determina a alteração da qualidade do produto nos termos do artigo 282.º do Código Penal). Pode assacar-se responsabilidade criminal ao dirigente empresarial?

Na primeira hipótese discute-se a responsabilidade do dirigente pela acção cometida pelo seu trabalhador. A segunda situação refere-se à responsabilidade por omissão do dirigente empresarial. Várias outras hipóteses seriam pensáveis. Escolheram-se estas duas pela importância teórica e prática que lhes é reconhecida.

3.1 Esta situação tem suscitado uma já vasta discussão doutrinal e jurisprudencial. A jurisprudência alemã foi pioneira ao admitir, no referido caso Krenz, a possibilidade de aplicar, no âmbito da criminalidade de empresa, a figura da autoria mediata do dirigente por via do domínio da organização. Reconhecendo-se uma necessidade de punir estas situações, tem-se invocado como fundamento da autoria do dirigente, o domínio da organização-empresa. Os tribunais alemães têm recorrido à figura que, na sequência dos trabalhos do autor alemão Claus Roxin, ficaria conhecida por *aparelhos organizados de poder* (*organisatorische Machtapparate*)¹⁰, de acordo com a qual a autoria mediata do homem-de-trás (do “homem sentado à secretária”) se fundamenta no domínio daquela organização.

Estes aparelhos ou organizações teriam características bem definidas: trata-se entidades estruturadas hierarquicamente e dotadas de forte disciplina interna, em que as

¹⁰ Nas origens dogmáticas desta figura aparecem autores como Welzel, Maurach, Gallas ou Hegler, mas seria Roxin a realizar um estudo sistemático e aprofundado desta problemática na sua obra de referência *Täterschaft und Tatherrschaft*, cuja primeira edição data de 1963, e que tem vindo a ser sucessivamente reeditada e acrescentada. A sétima edição alemã desta obra está traduzida em língua espanhola: *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2000. Para uma síntese das críticas dirigidas, em geral, à figura dos *aparelhos organizados de poder* e correspondente resposta, *vide* ROXIN; Claus, *Strafrecht II*, *op. cit.*, p. 49 e, mais recentemente, «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», *Revista Penal* 18 (2006), p. 243-244; «Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit», *in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: CF Müller Verlag, 2006, p. 387 e ss.

ordens dadas se assumem de um modo quase “automático” para os que a elas pertencem, adquirindo estes a natureza de meros “instrumentos” que reagem de forma mecânica às ordens ou instruções dos seus chefes, demonstrando elevada disponibilidade à realização do facto. O executor do crime surge como elemento *fungível* que, mesmo quando actue com culpa dolosa, em nada afecta o verdadeiro domínio do facto do homem-de-trás. Por outro lado, seriam organizações que actuariam globalmente fora do marco da ordem jurídica.

São justamente estas características – a hierarquização rígida da estrutura organizatória, a actuação da organização *fora do quadro da ordem jurídica*, a *fungibilidade e disponibilidade* do executor para a prática criminosa – que permitem atribuir ao homem de trás o domínio da organização e, conseqüentemente, determinar um fundamento para a sua autoria mediata. Esta figura é usada por exemplo para fundamentar a autoria do chefe da organização criminosa, ou da organização militar ilícita, milícias, polícias políticas.

Todavia, esta extensão da figura à criminalidade de empresa é, como se referiu, bastante discutida na doutrina e, desde logo, foi rejeitada pelo próprio autor da figura, Claus Roxin¹¹.

De forma muito sintética, os principais argumentos que se apontam contra a aplicação desta figura no âmbito empresarial são os seguintes:

a) a empresa constitui-se em torno da prossecução de uma actividade lícita e, como tal, actua no quadro da ordem jurídica, o que por sua vez anula a característica da

¹¹ No contexto da criminalidade empresarial, Roxin exclui a possibilidade de se afirmar uma autoria mediata por via do domínio da organização. Todavia, sublinha que “não pode desconhecer-se a existência de uma necessidade político-criminal de punir como autores os dirigentes que propõem, promovem ou, inclusivamente, apenas permitam acções criminais no âmbito empresarial” (trad. nossa). Considera ainda, neste cenário, a possibilidade de se afirmar a autoria daquele que comanda a estrutura hierárquica empresarial por outras formas mais apropriadas, designadamente fundamentando a autoria numa posição de garante para a salvaguarda da legalidade nos quadros da categoria, por si proposta, dos delitos de dever, cf. «El dominio de organización...», *op. cit.*, p. 248 e, ainda, *Strafrecht II*, *op. cit.*, § 25, p. 57 e s. Em Portugal, há vozes críticas à importação desta figura para o domínio da criminalidade de empresa, SERRA, Teresa, «A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 5 (1995), p. 303; também ALBERGARIA, Pedro Soares de, «A posição de garante dos dirigentes da empresa», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 9 (1999), p. 617; VALDÁGUA, Maria da Conceição, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 923 e ss. Sobre a forma como o alargamento da figura à criminalidade empresarial tem sido recebida em geral pela doutrina penal, ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marín de, *Criminalidad de Empresa*, Valência: Tirant lo Blanch, 2002, p. 68 e ss., também FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad Penal del Dirigente...*, *op. cit.*, p. 305 e ss., GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 68 (2007), pp. 141-181; SOUSA, Susana Aires de «A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica* 99 (2009), p. 1006 e ss.

fungibilidade, já que o direito espera daquele que recebe uma ordem para cometer um crime que se recuse a cumpri-la. Logo, o dirigente da empresa não pode ter como regra geral que os seus empregados estejam dispostos a cometer crimes. Ou seja, perde-se o automatismo no cumprimento das ordens próprio dos *aparelhos organizados de poder*,

b) no âmbito empresarial falha com frequência o elemento da fungibilidade do agente, designadamente na execução de crimes que exigem particulares conhecimentos por parte do executante. Por exemplo, nem todos os trabalhadores são capazes de executar um crime fiscal ou contra a fazenda pública, porque nem todos dominam os conhecimentos especiais necessários para executar um crime desta espécie. Ora, num mundo laboral onde cada vez mais se acentua uma forte necessidade de especialização dos trabalhadores, torna-se difícil a sua substituição automática, anulando-se a fungibilidade enquanto característica originária da figura do aparelho organizado de poder;

c) é igualmente discutível a questão de saber se a empresa reveste a estrutura hierárquica rígida que caracteriza *os aparelhos organizados de poder*, designadamente as modernas empresas assentes numa certa descentralização das decisões e numa organização por áreas, sectores e/ou departamentos¹².

Da nossa perspectiva, uma solução possível consiste, no entanto, em punir o dirigente não como autor mediato, mas em importar para o domínio da criminalidade de empresa a figura de instigação-autoria proposta por Figueiredo Dias em matéria de comparticipação. O instigador-autor é aquele que detém o domínio do facto em virtude de dominar a decisão do homem da frente, do executante. O que acontece quando ele «produz ou cria de forma cabal (...) no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um *concreto ilícito típico*; se necessário inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse, ou aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva pelo executor»¹³. Nestas circunstâncias, o instigador possui deste modo – e em muitos casos tanto ou mais que o autor mediato ou

¹² Sobre estes argumentos e de modo desenvolvido, FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente...*, *op. cit.*, p. 88 e ss. e 128 e ss. Também AMBOS, Kai, «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (1999), p. 135 e ss., e, do mesmo autor, «Dominio por organización. Estado de la discusión», *Revista Brasileira de Ciências Criminas* 68 (2007), p. 70 e ss.

¹³ Cf. *Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 799.

o co-autor – o domínio do facto, agora e aqui sob a forma de domínio da decisão, na medida em que domina a decisão do instigado de cometer o crime.

Excluídos do âmbito desta modalidade de autoria ficariam os casos em que o homem de trás se limita a incentivar, aconselhar, sugerir, a prática criminosa. A mera influência sobre a decisão do homem da frente não é suficiente, neste contexto, para afirmar o domínio do facto por parte do homem de trás. Este seria somente um indutor, um cúmplice, que auxilia (moralmente) o autor a executar o crime, devendo ser punido a título de cumplicidade.

Ora, em minha opinião, a figura da *instigação-autoria* proposta por Figueiredo Dias pode ser chamada a realizar um papel relevante no contexto da participação em estruturas empresariais. O *deficit* de punição que normalmente se aponta ao nível dos quadros dirigentes pode ser resolvido por via daquela figura em algumas situações que revelam ostensivamente uma carência de punição.

Pense-se, desde logo e em particular, em empresas de pequena dimensão, cuja direcção toma decisões concretas que comunica directamente ao respectivo departamento, responsável pela execução criminosa. Nestes casos, o dirigente deve ser punido como autor sempre que disponha do domínio do facto através do domínio da decisão do homem-da-frente. A escolha criminosa não teria existido sem a intervenção do dirigente, podendo, por outro lado, pôr-lhe um fim se assim o entendesse. Por sua vez, deve também sublinhar-se que a ausência desse domínio transforma o dirigente empresarial num mero indutor, punido como cúmplice.

Deste modo, julgamos que a figura da *instigação-autoria* pode desempenhar um papel importante e adequado no âmbito da criminalidade empresarial, designadamente naqueles casos em que o dirigente determina o seu subordinado a uma prática criminosa.

Todavia, não pode deixar de se reiterar que são as particulares circunstâncias de cada caso que determinam ou não a existência de um domínio do facto por parte do “homem sentado à secretária”. E essa deve ser a questão principal a ter presente, sob pena de os quadros teóricos e sistemáticos vigentes em matéria de autoria se imporem à realidade dos factos ao invés de serem dela seu reflexo. Assim, nada impede que também no âmbito da criminalidade de empresa possam surgir outras formas de domínio do facto criminoso por parte daquele que ocupa uma posição hierárquica superior: se aquele que

recebe a ordem actua em erro, *v. g.*, porque recebeu informações falsas, ou actua coagido, a situação deve resolver-se no quadro clássico da autoria mediata; se actua determinado pelo seu superior mas responsabilmente, trata-se de um caso de instigação-autoria; se a decisão e a execução criminosa são conjuntas, devem ser referidas ao contexto de co-autoria criminosa, ou ainda, perante actuações criminosas autónomas, em situações de autoria paralela.

3.2 A hipótese formulada em segundo lugar refere-se à possibilidade de responsabilizar por omissão o dirigente empresarial, na prevenção de actos criminosos no âmbito da sua empresa. Ou seja, pode o dirigente empresarial ser responsabilizado pelos crimes realizados pelos seus subordinados, *v. g.*, a eventual responsabilidade do gerente, (nos termos do artigo 282.º do Código Penal) pela conservação errada de uma substância destinada ao consumo, executada por um trabalhador da empresa.

A estrutura delitual da comissão por omissão tem vindo a ser considerada como particularmente apta para algumas destas situações¹⁴. Trata-se de um problema complexo que se relaciona com a eventual existência de um dever de garante por parte daqueles que ocupam uma posição de liderança no cenário empresarial capaz de fundamentar um delito omissivo. Por outras palavras, importa determinar se os directores, administradores e gerentes assumem, em virtude das funções que desempenham, uma posição de garantia pelos crimes cometidos na empresa, e, num segundo momento, que contornos reveste essa posição de garantia.

O tema das omissões impuras e das fontes do dever de garante é um problema clássico da doutrina penal que convoca, por si só, complexas questões – as quais se alargam consideravelmente quando se transladam para o domínio da criminalidade de empresa. O grande desafio consiste pois em definir, perante a ausência de uma norma legal expressa, o fundamento jurídico do dever de garante das pessoas que dirigem a actividade empresarial e, encontrado esse fundamento, o alcance desse dever.

¹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unrechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1971, p. 229 e ss., e também, do mesmo autor, mais sucintamente, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, *op. cit.*, p. 84 e ss. Sobre esta questão veja-se ainda SOUSA, Susana Aires de, «A responsabilidade criminal do dirigente...», *op. cit.*, p. 1030 e ss. e respectivas indicações bibliográficas.

A tese que afirma a responsabilidade jurídico-penal por omissão das pessoas que dirigem e fiscalizam a actividade empresarial privada em relação aos factos ilícitos cometidos pelos seus subordinados tem vindo a ganhar alguma consistência. Segundo Tiedemann, uma parte importante da doutrina alemã concebe a empresa como uma eventual fonte de perigos para terceiros, cabendo aos titulares do poder de direcção assegurar que essa fonte de perigos “empresa” permanece sob controlo de segurança. E será assim quer esses perigos partam do potencial material (máquinas) ou do potencial pessoal (pessoas) da empresa¹⁵. Todavia, esta argumentação, considerada isoladamente, aparenta ser insuficiente para fundamentar a existência de uma posição de garante. Desde logo, torna-se difícil compreender, sem maiores considerações, toda a actividade empresarial como uma fonte potencial de perigos penalmente relevantes. As empresas só por serem activas não se podem considerar sem mais uma fonte de perigos agravada que permita sem mais responsabilizar o seu dirigente.

É preciso ir um pouco mais além na procura de um fundamento para aquela posição de garantia. Por conseguinte, sai reforçada a necessidade de se reflectir especificamente a problemática da omissão penalmente relevante no quadro empresarial. Neste contexto, e respondendo especificamente a esta necessidade, destaca-se o pensamento de Schünemman. Este autor, partindo da concepção de delito omissivo impróprio por si proposta, considera que em geral o fundamento da equiparação da omissão à acção assenta *no domínio do garante sobre a causa do resultado*¹⁶. Neste sentido, a equiparação da omissão com a acção fundamentada no domínio do director da empresa, ou em geral, do superior da empresa, resulta tanto do seu domínio fáctico sobre os elementos (coisas e procedimentos) perigosos do estabelecimento, como também do poder de mando, legalmente fundado, que detém sobre os trabalhadores. Como imediatamente se depreende, a afirmação do domínio do dirigente e a sua responsabilidade dependia da prova de um daqueles dois elementos.

Todavia, se a aplicação destes critérios é relativamente simples pequenas estruturas empresariais, dificilmente tal poderá valer para estruturas complexas, dotadas de uma forte hierarquia e divisão, onde as tarefas se encontram funcionalizadas e divididas por

¹⁵ TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitário, español, alemán)*, Barcelona: PPU, 1993, p. 166, com outras referências bibliográficas.

¹⁶ Cf. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht, op. cit.*, p. 95 e ss.

sectores ou departamentos específicos e especializados. Num escrito posterior, Schünemman defendeu que, nestes casos, a posição de garante tem de estar limitada à função que compete ao sujeito dentro da estrutura empresarial¹⁷. Tal significa que a posição de garante dentro da empresa é atribuível aos seus concretos órgãos particulares em função da esfera empresarial que dominem, ou seja, das competências que lhe incumbem.

O dever de garante que impende sobre o dirigente empresarial, em grandes empresas, tem de ser lido à luz dos princípios da hierarquia e da divisão de trabalho. Eles fornecem, antes de mais, as coordenadas necessárias à delimitação de *espaços individuais de responsabilidade* no contexto empresarial¹⁸. Ora, é neste quadro funcional que há-de enxertar-se o dever jurídico (do dirigente ou superior hierárquico), que pessoalmente o obriga, de evitar aquele resultado, cumprindo-se a (genérica) exigência estabelecida pelo n.º 2 do artigo 10.º do Código Penal português em matéria de imputação da omissão. Deste modo, o agente assume, relativamente àquele quadro de competências que lhe é organicamente reconhecido, o «compromisso de controlo dos riscos para bens jurídicos que podem dimanar das pessoas ou coisas que se encontram sob a sua direcção»¹⁹. E é nesta potencialidade ou possibilidade de controlo daqueles riscos que se fundamenta o dever de garante sustentador da sua responsabilidade criminal.

Deste modo, concordamos com Silva Sánchez²⁰ ao defender que a posição de garantia reveste (e, quanto a nós, tem de revestir) uma natureza muito mais específica na criminalidade da empresa: o dirigente tem o dever de contenção de riscos determinados para bens jurídico-penais, dever esse que é concretizado a partir das regras de atribuição e distribuição de competências. São elas que ditam a determinação das medidas que o dirigente deve adoptar para impedir um resultado jurídico-penalmente devalioso, sob pena de cometer um delito omissivo.

4. Conclusão

¹⁷ Cf. *Delincuencia Empresarial... (adición 2002)*, *op. cit.*, p. 69 ss.

¹⁸ Cf. SOUSA, Susana Aires de, «A responsabilidade criminal do dirigente...», *op. cit.*, p. 1034.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria, «Responsabilidad penal de las empresas...», *op. cit.*, p. 371.

²⁰ *Ibidem*, p. 372.

De quanto se expôs resultam, de modo sucinto, algumas conclusões principais. Em primeiro lugar, é hoje inegável, dado o seu alcance lesivo, a necessidade de punição penal das condutas de dirigentes empresariais. Neste plano, o sistema penal português apresenta sérias lacunas no que diz respeito aos crimes societários previstos nos artigos 509.º a 526.º do Código das Sociedades Comerciais. Em segundo lugar, como forma de limitar o hiato legislativo, torna-se pois fundamental recorrer às figuras clássicas da comparticipação e da omissão e repensá-las para o específico fenómeno da criminalidade de empresa. Todavia, esta não é uma tarefa fácil: a sua dificuldade esteve na base da instituição, em alguns ordenamentos jurídicos incluindo o português, da responsabilidade criminal do próprio ente colectivo. Mas este é todo um outro e novo mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de, «A posição de garante dos dirigentes da empresa», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 9 (1999).

AMBOS, Kai, «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (1999).

AMBOS, Kai, «Dominio por organización. Estado de la discusión», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 68 (2007).

BGHSt, 40, p. 237 e ss.

COSTA, José de Faria, *Direito Penal Económico*, Coimbra: Quarteto, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Protecção do Futuro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marín de, *Criminalidad de Empresa*, València: Tirant lo Blanch, 2002.

FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad Penal del Dirigente en Estructuras Jerárquicas: la Autoría Mediata con Aparatos Organizados de Poder*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

FERNANDES, Gabriela Paris, «O crime de distribuição ilícita de bens da sociedade», *Direito e Justiça*, vol. XV, Tomo 2.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 68 (2007).

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, «Falsificação de informação nas sociedades abertas», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 16, Abril de 2003.

ROXIN, Claus, *Strafrecht II*, München: Verlag C. H. Beck, 2003.

ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus, «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», *Revista Penal* 18 (2006).

ROXIN, Claus, «Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit», *in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: CF Müller Verlag, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Grund und Grenzen der unrechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1971.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1979.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LV (2002).

SCHÜNEMANN, Bernd, *Delincuencia Empresarial: Cuestiones Dogmáticas y de Política Criminal*, Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2004.

SERRA, Teresa, «A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 5 (1995);

SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Lisboa: Verbo, 2009.

SILVA, Germano Marques da, «Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – Considerações Gerais», *Textos Sociedades Comerciais*, Centro de Estudos Judiciários, 1991, p. 39-49.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español», *in: Fundamentos de un Sistema europeo del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch Editor, 1995.

SOUSA, Susana Aires de, «Direito penal das sociedades comerciais. Qual o bem jurídico?», *RPCC*, ano 12 (2002), p. 49-77.

SOUSA, Susana Aires de «A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Ivridica* 99 (2009).

TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitário, español, alemán)*, Barcelona: PPU, 1993, p. 166, com outras referências bibliográficas.

VALDÁGUA, Maria da Conceição, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.