

AUTORIA E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS COMPLEXAS

Acção de Formação Contínua de Magistrados, Tipo B, Lisboa e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 18 de Janeiro de 2013, Curso de Criminalidade Económico-Financeira.

1. Introdução

A determinação das responsabilidades individuais no âmbito de organizações complexas remete-nos para a teoria das organizações e para a temática da concertação de agentes. Os problemas de individualização da responsabilidade agudizam-se ao nível dos dirigentes, porque não executam corporeamente a conduta típica. Logo, há que buscar outros títulos justificativos da imputação do facto que vão para lá da sua comissão “por mão própria”.

1.1. Relevância da posição funcional de dever, mas sem adesão a um conceito puramente normativo de autor, nem aceitação de uma responsabilidade criminal objectiva derivada das funções assumidas

Tem razão FREDERICO da COSTA PINTO¹: nos factos cometidos dentro e através de estruturas organizadas, há uma pluralidade de intervenientes, interferem circuitos formais e informais de comunicação e de direcção, zonas de autonomia decisória e de ausência dela. O que torna extremamente complexas e muito mais difusas as relações entre pessoas físicas no interior de uma organização, do que as relações que se estabelecem nas situações clássicas de comparticipação fora de estruturas organizadas.

Com efeito, há que contar com áreas de competência, funções, deveres atribuídos aos diversos agentes e presença ou ausência de autonomia decisória. Todos estes factores ajudam a descodificar o significado das acções

¹ «O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal», *Direito Penal Económico e Europeu. Textos doutrinários. Problemas gerais*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 225-227.

e omissões dos vários intervenientes, pois, de algum modo, a sua posição está pré-delimitada pela respectiva esfera de competência funcional.

Mas, por um lado, isto não implica adesão a um conceito puramente normativo de autor, assente na titularidade e no âmbito do dever. Também AUGUSTO SILVA DIAS² sublinha a insuficiência de meros deveres funcionais para fundamentar os termos da responsabilidade penal. Considera que são exigências do princípio da subsidiariedade da intervenção criminal (i) a tradução especificamente penal dos deveres funcionais; e (ii) a clarificação da sua relação com a prática do facto.

No mesmo sentido, escreve SUSANA AIRES de SOUSA³ a propósito da posição de garantia do dirigente empresarial: os deveres funcionais decorrentes da organização empresarial não se identificam imediata e automaticamente com o dever criminalmente relevante. A determinação desses deveres possibilita, antes de mais, a «delimitação de *espaços individuais de responsabilidade* no contexto empresarial».

Na verdade, aduz SUSANA AIRES de SOUSA, a obrigação criminalmente relevante de evitar o resultado típico depende de dois parâmetros. Primeiro: o espaço individual de responsabilidade no contexto empresarial, ou seja, o âmbito e a extensão da posição de garantia, ante o «quadro de funções e competências organicamente atribuído ao cargo empresarial». Segundo: a possibilidade de cumprir essa obrigação, controlando ou “*dominando*” [através da adopção de medidas próprias do exercício do cargo] (...) os factos que ocorrem no seu âmbito de responsabilidade» e que podem «colocar em perigo o bem jurídico-penal». Por isso, conclui a Autora: o segundo limite afasta «a ideia de uma assunção automática da posição de

² *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo, genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 198-199.

³ «A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial», MANUEL da COSTA ANDRADE/MARIA JOÃO ANTUNES/SUSANA AIRES de SOUSA (Orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor JORGE de FIGUEIREDO DIAS*, Vol. II, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 1034-1035.

garantia decorrente, exclusivamente, da função exercida, isto é, de uma responsabilidade criminal objectiva derivada das funções assumidas».

1.2. Necessidade de normatização – não de abandono – do senhorio do facto típico como critério de autoria

Por outro lado, a consideração das áreas de competência, funções, deveres e autonomia decisória não força ao abandono do domínio do facto como critério de autoria no âmbito da criminalidade de empresa. Apenas exige que o domínio do facto seja complementado por esses elementos, normativizando-se relativamente, mas sem nunca perder pontos de referência fácticos. Ou seja: o domínio do facto tem de deixar de entender-se como domínio da acção típica por parte de quem a executa *corporalmente*. Aliás, este entendimento do domínio *da acção* nem sequer caracteriza forçosamente a autoria imediata. O domínio do facto tem de transvestir-se em um domínio social-normativo do acontecimento típico, já claramente presente na autoria mediata e na autoria em comissão por omissão.

1.3. Posição de garante é sempre elemento imprescindível na configuração da autoria do dirigente

FREDERICO da COSTA PINTO invoca ainda, e bem, a posição de garante do superior hierárquico, à luz dos seus deveres legais, do pacto social ou da sua posição de domínio. Posição de garante que lhe permitiria envolver-se num facto ilícito, «omitindo o controlo sobre esse tipo de actos». Na verdade, a posição de garante é elemento imprescindível na configuração da autoria do dirigente de organizações complexas, tanto nos crimes por acção como por omissão.

Também AUGUSTO SILVA DIAS⁴ reconhece que «a responsabilidade penal dos dirigentes passa pela violação de deveres, negativos (de “não fazer”) ou positivos (“de fazer”), cujos efeitos se repercutem sobre a realização do facto típico». Aponta como «elementos indispensáveis para dilucidar os termos da responsabilidade do dirigente por factos praticados *na e através* da organização empresarial»: (i) a posição de garante, fundada no controlo da fonte de perigo, e (ii) o domínio da organização para a execução do facto típico».

FREDERICO da COSTA PINTO⁵ salienta: uma das formas típicas de concertação entre superior hierárquico e subalterno e de articulação com a acção do subalterno consiste na «omissão [funcional] paralela à acção». O que se compreende, pois «a posição dos agentes [relativamente ao facto típico] está muitas vezes pré-delimitada pela sua esfera de competência funcional» e a omissão configura-se como «forma característica de violar deveres funcionais e actuar concertadamente com o agente material».

Assim, conclui FREDERICO da COSTA PINTO, nas estruturas societárias, o momento omissivo revela-se «fundamental para o domínio *positivo* da acção do agente material» por parte do dirigente e para a ligação do facto cometido à pessoa colectiva. O superior, pela esfera de competências que possui, exerce um «domínio, real ou potencial, sobre os comportamentos dos seus subordinados e a sua omissão é condição do sucesso dos actos ilícitos praticados». Mais, acrescenta COSTA PINTO: o seu poder de intervir,

⁴ Ramos emergentes do Direito Penal, *cit.*, pp. 197 e 229. Veja-se também JOÃO MATOS VIANA, *A autoria na criminalidade de empresa*, Dissertação de Mestrado n.p., Lisboa: FDL, 2007, pp. 158 ss., 177 ss.. Já antes, BERND SCHÜNEMANN [«Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *ADPCP*, Vol. LV (2002), pp. 19 e 30-35] defendia a solução da co-autoria do dirigente, conjugando a sua posição de garante com uma contribuição activa de indução (explícita ou concludente). Agora, também CLAUS ROXIN («El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», *Revista Penal* 18 (Julio 2006), p. 247-248; *Täterschaft und Tatberrschaft*, 8. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2006, p. 717) sustenta a punição dos dirigentes de organizações vinculadas ao Direito, com base na sua posição de garante da legalidade da actuação da organização. O que permitiria convertê-los em autores segundo as regras por ele desenvolvidas dos “delitos de dever”. Portanto, independentemente de o seu contributo para o facto consistir num «fazer» ou num «deixar acontecer algo por cuja não ocorrência se tem de responder».

⁵ «O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal», *cit.*, pp. 227-228.

«decorrente da posição hierárquica (...) ou da posição de domínio social, faz-se sentir independentemente da sua intervenção activa». Dir-se-ia que o dirigente intervém no facto do subalterno, mesmo quando se limita a não intervir, contrariamente ao seu poder-dever.

2. Execução de um facto punível através de actos parcelares atípicos em contexto de repartição de tarefas

Podem surgir dificuldades na determinação de responsabilidades individuais logo no plano inferior da organização, designadamente quando intervêm vários executores materiais em funções parcelares, cujas condutas podem nem sequer ser ilícitas *per se*, mas só em conjugação com outras, provenientes do mesmo ou de outro nível de actuação da organização. Aqui se incluem as temáticas dos delitos cumulativos⁶ e da comparticipação por via de condutas rotineiras ou neutras⁷. Hipóteses que, realmente, podem dificultar (ou mesmo impossibilitar) a autoria dos intervenientes dos escalões inferiores da organização, mas que não têm de inviabilizar a autoria dos dirigentes da organização, graças à inserção dessas condutas rotineiras ou cumulativas na organização que aqueles dominam para a execução do crime. Então, o significado lesivo de bens jurídico-penais dos comportamentos parcelares atípicos revela-se pela inserção de todos esses comportamentos na actividade e na divisão de trabalho da organização e pela recondução de todos a um facto punível (global) que dela irrompe.

2.1. KAI AMBOS: o princípio de imputação das contribuições individuais ao acontecimento ilícito total que irrompe da organização faz da empresa/organização objecto de referência e ponto de partida da imputação (sistema misto de responsabilidade individual-colectiva)

⁶ Por último e entre nós, veja-se sobre os delitos cumulativos AUGUSTO SILVA DIAS, «"What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação», *RPCC* 13 (2003), n.º 3, pp. 303-345.

⁷ Sobre as condições de relevância penal das condutas rotineiras dos escalões mais baixos da organização, consulte-se, por exemplo, BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas», in BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F, 2009, pp. 31-38.

KAI AMBOS⁸ refere-se a um novo conceito de imputação na criminalidade colectiva. Trata-se do princípio de imputação das contribuições individuais ao acontecimento ilícito total que irrompe da organização, valorando tais contributos «à luz das suas repercussões sobre o plano criminal total ou em função do fim perseguido pela organização». Este princípio converte o aparelho organizado de poder na figura central do sucesso típico, justamente graças à imputação à organização do facto global.

A organização ou empresa criminal surge, assim, como objecto e ponto de referência na atribuição de responsabilidade. Por outras palavras: começa por reconduzir-se à organização ou empresa o facto punível global que dela irrompe, mercê da conjugação de diversos contributos individuais, para, depois, se analisar a responsabilidade individual de cada um dos intervenientes relativamente a esse ilícito total.

Segundo KAI AMBOS⁹, a adaptação, às necessidades do Direito Internacional Penal, do sistema tradicional de atribuição de responsabilidade, através do princípio da imputação dos contributos individuais ao facto global que emerge da organização, levou ao desenvolvimento de um «sistema misto de responsabilidade individual-colectiva». Neste, a empresa ou organização criminal funcionam como objectos de referência e pontos de partida da imputação. A esta luz, a comissão de crimes individuais, não fisicamente realizados pelos dirigentes de cúpula, é atribuída a estes «no marco de um sistema, organização ou empresa», mercê do envolvimento de executores e dirigentes num só e mesmo grupo criminal. Desse modo, explica AMBOS, prescinde-se da prova da realização “corpórea” do crime por parte do superior, bastando demonstrar «o acontecimento de um crime e vincular o superior à sua comissão», graças a uma espécie de domínio normativo sobre

⁸ «Dominio por organización: estado de la discusión», p. 101, e «“Joint criminal enterprise” y la responsabilidad del superior», p. 156, ambos *in* KAI AMBOS, *Fundamentos de la imputación en el Derecho internacional penal*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico D.F., 2009.

⁹ «“Joint criminal enterprise” y la responsabilidad del superior», 2009, p. 153 (e nota 176) e p. 156.

os actos que lhe são imputados e a um estado mental que o une ou vincula aos crimes.

Em sentido próximo, AUGUSTO SILVA DIAS¹⁰ alude à necessidade de acolher a ideia de organização ao nível da autoria pluri-individual de factos praticados no seio de organizações complexas.

2.2. FERNANDO TORRÃO: autoria mediata por domínio (manipulação) do contexto organizacional, ao qual corresponde um domínio da vontade em virtude de erro dos executores sobre o facto total e um domínio da organização do “manipulador” do contexto em que opera a divisão de tarefas

FERNANDO TORRÃO exemplifica esta tese através do seguinte caso de “fraude fiscal”:

B, director comercial da empresa X e responsável pelo respectivo departamento comercial, dá instruções ao funcionário C para que fabrique algumas facturas fictícias por compras que não ocorreram.

As facturas são depois transmitidas a D, director financeiro e responsável pelo departamento fiscal da empresa, que, desconhecendo a falsidade das facturas, dá ordens a E, funcionário desse departamento, para que consigne a importância das facturas na verba correspondente aos gastos dedutíveis, aquando do preenchimento do impresso de declaração fiscal.

Feito isto, o administrador A – que já tinha dado instruções aos directores para que assim se actuasse – logo encarrega o funcionário F de entregar a falsa declaração na correspondente repartição de finanças, consumando-se nesse momento o crime de fraude fiscal (artigo 103º do RGIT).

Entretanto, o administrador A incumbe os funcionários G e H de transcrever os montantes de várias facturas, entre as quais as falsas, nos livros de contabilidade da empresa. O que estes fizeram sem saber da falsidade de algumas das facturas. No decurso de uma inspecção tributária à empresa X, o chefe da contabilidade I mostra ao inspector a falsa contabilidade, avalizada ademais pelas facturas falsas, desconhecendo a falsidade dos documentos em causa.

¹⁰ *Ramos emergentes do Direito Penal, cit.*, pp. 198-199.

FERNANDO TORRÃO¹¹ constrói uma “autoria mediata por domínio (manipulação) do contexto organizacional”, para as situações em que «a “execução do facto global” não se deve (...) a um conjunto coincidente de circunstâncias atribuídas» à própria «sinergia colectiva», mas à concretização «de um plano arquitectado pelo “organizador do contexto (ou pelos “organizadores do contexto”») no qual opera a divisão do trabalho». Então, «o responsável por determinado contexto organizacional no interior da empresa» aproveita-se da «divisão de funções e tarefas em relação a determinado número de funcionários para – ordenando a cada um deles a execução de diferentes tarefas que, em si, se revelam (algumas delas, pelo menos) inofensivas – obter, pela soma dos respectivos “trabalhos”, a execução global de um crime».

Explica FERNANDO TORRÃO que, nestas situações de manipulação do contexto organizacional em que ocorre uma divisão de tarefas, podem combinar-se situações muito diversas:

a) Por um lado, «acções individuais que nem sequer preenchem qualquer tipo objectivo de crime». Em seu entender, seria o caso dos funcionários E, F e, eventualmente, G, H e I, já que é duvidoso se o seu comportamento (rotineiro) realiza sequer o tipo de ilícito objectivo.

b) Por outro, «situações de erro sobre o facto típico». O que, na sua opinião, aconteceria com o director financeiro D. Se bem se julga, por causa das instruções que este director eventualmente recebeu do administrador A, no sentido de a empresa X usar facturas falsas para aumentar os gastos dedutíveis na declaração de imposto. Mesmo não conhecendo a falsidade das facturas em causa, mas podendo e devendo conhecê-la nas circunstâncias, o comportamento do Director financeiro cria ou aumenta um risco não permitido para o bem jurídico-penal.

¹¹ “*Societas delinquere potest?*”? *Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 481-482 e 202-209. A pp. 205-209 FERNANDO TORRÃO analisa o caso *supra* referido.

c) E, finalmente, situações de fungibilidade¹². Fungibilidade agora porventura fundada na circunstância de, «não constituindo crime a função isolada, qualquer funcionário se perfilar disposto, em princípio, a executá-la».

Segundo FERNANDO TORRÃO, este modo de autoria mediata distinguir-se-ia por «o “organizador do contexto” possuir a *supra-determinação configuradora de sentido* em razão da perspectiva que detém sobre a execução global do facto» que o executor ignora, pois dela tem «uma ideia errónea, moldada pela própria ignorância. Trata-se, pois, de uma supra-determinação configuradora de sentido à custa de um *erro* do executor material que incide não exactamente sobre a tarefa que realiza (como ocorre na autoria mediata por erro), mas sobre o facto global»¹³.

Com efeito, aduz FERNANDO TORRÃO, existindo objectivamente uma execução conjunta, faltando o acordo (expresso ou tácito) e o dolo (por inconsciência do facto típico global), estar-se-ia perante a «lógica instrumentalizadora da figura do erro»: «o “organizador do contexto” detém «a capacidade para dirigir a execução em virtude da “supra-determinação configuradora de sentido”»¹⁴.

Todavia, para FERNANDO TORRÃO, a situação em causa também se aproxima da autoria mediata por domínio da organização, pois «é o domínio sobre um aparelho organizado de poder – e sobre o contexto de divisão de trabalho aí inserido – que» permite «a utilização (manipulação) de diversos funcionários para a prática de um facto típico, sem que disso estes tenham consciência» e sem que os funcionários sejam necessariamente fungíveis (substituíveis) entre si.

Na opinião de FERNANDO TORRÃO, este modo de autoria mediata por domínio da organização não implicaria um “autor por detrás do autor”, porque, «mesmo que um dos funcionários inserido no contexto se aperceba

¹² FERNANDO TORRÃO, *idem*, pp. 202 e 481.

¹³ FERNANDO TORRÃO, *idem*, pp. 481-482.

¹⁴ CLAUD ROXIN, *Autoria y dominio del hecho en Derecho Penal*, tradução da 6ª edição alemã (1994) de J. CUELLO CONTRERAS e J.L.S. GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1998, § 22, VI, 1., pp. 250 e ss.

do facto global criminoso, ao não preencher, por si, o tipo de ilícito desse facto global, não poderá ser» por este responsabilizado. Seria o caso do funcionário C que fabrica as facturas falsas. Este apenas poderia responder por um crime de falsificação de documento, não por “fraude fiscal”¹⁵.

Segundo FERNANDO TORRÃO, a “autoria mediata por domínio (manipulação) do contexto organizacional” seria político-criminalmente útil por reconduzir à autoria do dirigente «situações dificilmente colmatáveis (...) por algum modo de participação, designadamente pela (...) instigação (em cadeia ou não)», dadas as «dificuldades inerentes ao preenchimento do tipo de ilícito [por] qualquer “homem-da-frente”».

No exemplo referido, o “devedor fiscal” é a empresa X. Contudo – afirma FERNANDO TORRÃO – qualificando o administrador A como autor mediato desse crime, ele actuaria por si «de modo ilicitamente típico em nome (ou em lugar) da empresa X», podendo ser responsabilizado ao abrigo do artigo 6º do RGIT. Assim sucederia, assevera FERNANDO TORRÃO, mesmo não sendo autor o “executor” material, «porque o seu comportamento, isoladamente considerado, nem sequer se subsume na previsão legal do tipo de ilícito praticado no contexto de divisão de trabalho, ou, então, porque, estando em erro sobre o facto típico, a sua conduta não preenche o tipo subjectivo de ilícito»¹⁶.

2.3. Autoria mediata ou, antes, imediata do dirigente que manipula o contexto organizacional?

Concorda-se com FERNANDO TORRÃO: deve qualificar-se como autor o manipulador do contexto organizacional em que opera a divisão de trabalho, de que aquele se serve para a execução do facto global. O que se questiona é se quem dirige desse modo a execução deve considerar-se autor mediato ou, antes, autor imediato. Justamente porque os “executores” materiais do crime de fraude fiscal (os funcionários E e F) nem sequer

¹⁵ FERNANDO TORRÃO, *idem*, p. 205 e nota 178.

¹⁶ FERNANDO TORRÃO, *idem*, pp. 208-209.

executam um facto objectivamente típico. Pelo contrário, limitam-se a cumprir as tarefas que lhes cabem dentro da empresa X e que se enquadram no exercício normal de uma função “socialmente adequada”. Não sendo o comportamento dos homens-da-frente sequer objectivamente típico (não cria nem aumenta um risco não permitido para o bem jurídico-penal), não poderá dizer-se que o administrador A realiza o facto típico “por intermédio de outrem”. Um outro que, se bem se julga, tem ao menos de praticar actos que sejam objectivamente de execução de um crime, nos termos do artigo 22º, n.º 2, do CP.

Com efeito, a definição legal de autoria mediata como execução do facto por intermédio de outrem – um outrem que também executa (ainda que apenas objectivamente) o facto – implica que o intermediário leve a cabo um facto objectivamente típico ou, ao menos, criador ou aumentador de um risco não permitido para o bem jurídico-penal.

Diferentemente, nas hipóteses de realização de um facto típico global no contexto de repartição de tarefas dentro de uma organização e no desempenho “normal” de um papel “socialmente adequado”, falta um facto juridicamente relevante dos homens-da-frente. O facto penalmente relevante somente se desenha em função do comportamento de manipulação e condução para a prática desse facto do contexto organizacional, em que funcional, rotineira e “adequadamente ao papel” actuam os “executores”. Não há um facto juridicamente relevante de outrem que se interponha entre o homem-de-trás e a realização típica. Interposição que parece caracterizar a autoria mediata. Ao invés, nestes casos, a realização típica é, directamente, do “manipulador (e senhor) do contexto organizacional”.

3. Domínio da organização não implica apenas autoria mediata

Nem todo o domínio da organização pode ou deve ser reconduzido à autoria mediata. Antes de tudo o mais, o domínio da organização constitui um critério de imputação da autoria, cuja recondução às formas típicas de autoria

(previstas nas três primeiras proposições do artigo 26º do CP) tem de obedecer ao respectivo conceito tipológico.

Em sentido próximo, AUGUSTO SILVA DIAS¹⁷ entende que o domínio da organização pode exprimir tanto um domínio funcional do facto típico (co-autoria) como um domínio da vontade do executor (autoria mediata).

3.1. Dissociação da autoria imediata e da co-autoria da realização corpórea de toda ou parte da acção típica e possibilidade de definir por exclusão de partes as diversas modalidades de autoria

Vários casos, já clássicos, evidenciam a desnecessidade de a autoria imediata se fundar na execução corpórea da acção típica. Basta pensar no uso de um “instrumento” humano incapaz de acção (A empurra B para cima de C, ferindo este), ou de um animal adestrado para a realização do facto (de um cão para obter lesão da integridade física de outrem, ou de um macaco para chegar ao furto de objectos).

Consequentemente, o “tomar parte directa na execução por acordo ou juntamente com outro ou outros”, que caracteriza a co-autoria, também não tem de implicar realização corpórea de parte de acção típica. A definição legal da co-autoria como “tomar parte directa na execução por acordo ou juntamente com outro ou outros” tem sobretudo em vista a diferenciação dessa figura da autoria mediata. Só pode “tomar parte directa na execução” quem não executa o facto por intermédio de outrem. Deste modo, a autoria mediata delimita negativamente a co-autoria, à semelhança aliás do que faz à própria autoria imediata. O que seja “executar o facto por si mesmo” não é auto-evidente, nem isoladamente determinável. Também se define por exclusão de partes relativamente à autoria mediata ou à co-autoria. Situações de evidente domínio da realização da execução típica, que não possam reconduzir-se à co-autoria ou à autoria mediata, terão de integrar-se na autoria imediata.

¹⁷ «A experiência Milgram e o Direito Penal: um ensaio sobre a banalidade do mal», *cit.*, ponto 2.2, iii, nota 87.

3.2. A autoria imediata, co-autoria ou autoria mediata do dirigente são determinadas pelo modo como a organização, por aquele dominada, se relaciona com o facto concreto

Nos crimes cometidos *na* e *através* de estruturas organizadas, a qualificação do homem-de-trás como autor ou participante e a determinação da respectiva forma de autoria dependem do conteúdo da mediação da organização relativamente ao facto. Se essa mediação se traduz na instrumentalização do executor, há autoria mediata; se na simples determinação ou auxílio do agente imediato, ocorre participação; se na configuração do quadro executivo do facto punível, no domínio da realização da conduta típica e da ocorrência ou não ocorrência do resultado, verifica-se co-autoria.

A especificidade da autoria imediata, mediata e da co-autoria do dirigente, através do seu “domínio da organização”, reside em os elementos característicos de cada uma delas serem mediados pela organização, verificando-se através desta. Assim, o líder “executa o facto por si mesmo”, “por intermédio de outrem” ou “toma parte directa na execução por acordo ou juntamente com outro ou outros” sempre através da organização de que tem o senhorio – e não realizando corporeamente os elementos típicos, nem instrumentalizando “face-a-face” e individualmente o executor, nem intervindo pessoalmente na execução ao lado dos co-executores.

4. Autoria mediata do dirigente por domínio da organização: características

Sem efectiva instrumentalização do executor não pode haver autoria mediata, legalmente definida como execução do facto “por intermédio de outrem”, isto é, de outra pessoa (artigo 26º, 2.ª *proposição*, do CP).

O que distingue a autoria mediata por domínio da organização das restantes formas de autoria mediata é:

[1] A mediação (e preponderância) do aparelho no processo de instrumentalização dos homens-da-frente. Os dirigentes só surgem como

“instrumentalizadores” dos homens-da-frente mediatemente, i.e., por via do seu domínio da organização.

[2] A instrumentalização constitui característica e produto do específico modo de funcionamento da organização, no que concerne à concreta criminalidade que dela emerge.

[3] Os executores não precisam de ser individualmente contactados e determinados pelo(s) homem(ns) da retaguarda, mas apenas funcionalmente identificados como necessários para a execução do facto global.

[4] A desnecessidade – mas não forçosa impossibilidade – de reconduzir “o cadinho de formas colectivas, diferenciadas e combinadas de influência psicológica”¹⁸ sobre os executores a claras hipóteses de erro sobre o facto típico, de erro não censurável sobre a ilicitude ou de estado de necessidade desculpante.

Muito recentemente, AUGUSTO SILVA DIAS¹⁹ veio lembrar que: «qualquer das modalidades de autoria mediata serve para incluir o homem de trás no círculo de autores», por este possuir o domínio da vontade do executante. Domínio da vontade que constitui uma forma de domínio do facto e que não depende da ausência de uma plena responsabilização penal do executor. Em caso algum a autoria mediata visa desresponsabilizar o homem da frente, «o qual conserva, muitas vezes, o domínio da realização do facto típico e a culpa pela sua realização».

Portanto, AUGUSTO SILVA DIAS rejeita, em geral, o princípio da auto-responsabilidade do homem-da-frente como critério delimitador da autoria mediata que a permitiria distinguir da instigação. A esta luz, a autoria mediata por domínio de um sistema de autoridade distinguir-se-ia das restantes hipóteses de “execução do facto por intermédio de outrem” por nela se verificar a instrumentalização do homem-da-frente através de um aparelho

¹⁸ A expressão é de TERESA SERRA, «A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder», *RPCC*, Ano 5 (1995), pp. 303-327.

¹⁹ «A experiência Milgram e o Direito Penal: um ensaio sobre a banalidade do mal», a publicar no *Livro de Actas do Colóquio “Eichmann em Jerusalém – 50 anos depois”*, realizado na Faculdade de Direito de Lisboa, nos dias 27 e 28 de Abril de 2011, ponto 2.2, iii. Exemplar gentilmente oferecido pelo Autor.

organizado de poder. O homem-de-trás limitar-se-ia a aproveitar a prontidão para obedecer gerada pelo específico modo de operar da organização, sem estabelecer uma relação pessoal com o homem-da-frente. Tanto que, segundo AUGUSTO SILVA DIAS, haverá fundamento para atenuar a culpa e a pena do executante, se este «for sujeito individualmente a situações próximas do “domínio da coacção ou do erro pelo homem de trás» (v.g. perda do salário, perseguição de familiares, esbulho de bens).

Em suma: o abandono do princípio da autoresponsabilidade como critério delimitador da autoria mediata por domínio da organização justifica-se [i] pela não consideração individualizada do executor, e sim enquanto membro/elemento da organização dominada pelo homem-de-trás; [ii] pelo recurso à organização para o instrumentalizar e para dominar a sua vontade “criminosa”; e [iii] pela colocação da *ratio* da autoria mediata na fundamentação da responsabilidade do homem-da-retaguarda e não na desresponsabilização do homem-da-frente.

5. Co-autoria do dirigente mediante domínio da organização para a execução do facto típico

Vejamos um exemplo apresentado por AUGUSTO SILVA DIAS²⁰, que se consubstancia na situação mais frequente e complexa: o dirigente não emite ordem expressa de cometimento de crime concreto, apenas não impede a comissão, no âmbito social que controla, de facto cujos elementos essenciais são determinados pela conformação que imprimiu a esse sector, por via do não exercício do seu poder de direcção e supervisão no sentido da preservação do bem jurídico-penal.

Trata-se do caso do responsável pela produção que sabendo notoriamente (e com conhecimento de todos os intervenientes) que os funcionários desse sector se preparavam para confeccionar um produto de consumo com uma substância nociva para a saúde humana, nada faz para o

²⁰ Ramos emergentes do Direito Penal, cit., p. 225.

impedir, deixando que o produto seja produzido e enviado para o mercado nessas condições.

Vai analisar-se a situação à luz do artigo 282º, n.º 1, alínea *a*) do CP (corrupção de substâncias alimentares ou medicinais). O dirigente do sector de produção é agente da corrupção, porque conformou esse sector para a execução do crime de corrupção (através do não exercício do seu efectivo poder de direcção, no sentido de obstar à confecção do produto alimentar com a substância nociva para a saúde) e actualizou essa conformação na fase executiva do facto (por via da informação detida, da consciente paralisação dos seus poderes funcionais de direcção e supervisão em ordem a assegurar a lesão do bem jurídico-penal e/ou, até, da emissão de ordens concretas e relevantes para essa execução).

O crime de corrupção cometido *na e através* da organização compõe-se do contributo de quem conformou e dominou essa organização para a prática do facto e da execução material dos homens-da-frente. A não alteração, pelo responsável da produção, das condições-quadro de realização do crime, podendo e devendo fazê-lo em virtude do respectivo poder de organização e direcção, configura e integra, como elemento essencial, a própria execução do crime, permitindo-lhe “tomar parte directa” nessa execução. Ou seja: o dirigente do sector de produção é co-autor do crime de corrupção de substância alimentar.

6. Domínio da organização para a execução do facto típico: em que consiste?

6.1. Domínio social do facto

O domínio da organização para a execução do facto típico, por parte do dirigente, constitui um domínio social – e não puramente material – do facto²¹. Esse domínio social escora-se:

²¹ JAN SCHLÖSSER («Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen. Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 26.8.2003 und Urteil vom 13.5.2004», *GA*, 154 (2007), Heft 3, p. 172) explicitamente identifica o domínio da organização com uma forma de domínio social do facto graças ao exercício da

(a) Na regularidade dos percursos dentro de uma organização que se estrutura, funciona e actua jurídico-economicamente de determinado modo.

(b) No conhecimento das respectivas vias formais e informais de comunicação e do significado das ordens e instruções emitidas, recebidas ou omitidas.

(c) Na competência fáctica de modelação, direcção e controlo do sector de actividade sob responsabilidade do dirigente e no qual ocorre o crime; e

(d) No (consequente) dever de garante da organização e vigilância das esferas de actuação dos seus prepostos.

6.2. Senhorio da execução do facto típico

O domínio da organização para a execução do facto típico corresponde a um senhorio da própria execução, pois *o dirigente tem o domínio positivo e negativo da tentativa do homem-da-frente*. Domina positivamente a tentativa do homem-da-frente, porque a evolução da execução do crime depende do não exercício dos seus poderes de direcção e supervisão. Domina negativamente a tentativa do homem-da-frente, porque, se suspender o seu contributo omissivo, fazendo actuar as barreiras de contenção dos riscos próprios do empreendimento, inutiliza simultaneamente o contributo do homem-da-frente.

Trata-se de um senhorio da execução típica, porque a organização, conformada pelo líder, determinou os elementos essenciais do crime e essa conformação actualiza-se na fase executiva, delineando-a “na hora”, por via [a] da informação partilhada pelo líder e pelo(s) agente(s) imediato(s); [b] do não exercício, pelo dirigente, do seu poder de alterar as condições criminógenas de funcionamento da organização, por ele criadas ou mantidas; e [c], eventualmente, através da emissão de ordens concretas e relevantes para essa execução.

autoridade e do poder de direcção. O mesmo faz entre nós AUGUSTO SILVA DIAS (*Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro, cit.*, pp. 212 e 229): o domínio da organização proporciona ao dirigente um domínio social do facto, porque lhe permite conformar a organização para a prática do mesmo.

6.3. O domínio da organização para a execução do facto típico implica um domínio do facto mais intenso, por parte do dirigente, do que o exercido pelo(s) homem(ns)-da-frente

O domínio da organização não só corresponde a um domínio do facto cometido *na e através da* organização, como implica um domínio do facto mais intenso, por parte do dirigente, do que aquele que exerce o “homem-da-frente”.

O *dirigente não exerce um domínio positivo exclusivo sobre a consumação do crime*, porque o seu contributo (criação e/ou manutenção das condições criminógenas de funcionamento da organização ou de um dos seus sectores, e não exercício dos poderes funcionais de direcção e supervisão no sentido de evitar a comissão do crime) não é só por si susceptível de consumir o crime. A agressão ao bem jurídico-penal também depende materialmente da execução do facto por um agente imediato que, no caso, opera em um sector da organização submetido ao poder de direcção do líder.

O dirigente tem o poder de fazer avançar o facto punível moldado pela organização até à consumação (domínio positivo da consumação), ainda que o “homem-da-frente” se recuse a praticá-lo ou suspenda a execução do mesmo. Tem esse poder, porque criou ou manteve as condições criminógenas de funcionamento da organização que dirige e está disposto a não exercer os seus poderes funcionais de direcção e supervisão para prevenir ou evitar a prática do crime (pré)configurado por aquelas condições. Portanto, ele exerce aquele domínio positivo da consumação que caracteriza as verdadeiras formas de autoria.

Apesar de não ter o domínio positivo exclusivo da consumação do crime, o dirigente *não reparte o domínio positivo da consumação com o preposto*, porque a eficácia lesiva do contributo do agente imediato depende em absoluto da conduta omissiva do dirigente, isto é, do não exercício dos seus poderes funcionais de direcção e supervisão no sentido de evitar a prática de um crime condicionado pela organização nos seus elementos essenciais.

O *dirigente reparte com o “homem-da-frente” o domínio positivo da tentativa do facto concreto*, dada a essencialidade do contributo executivo do segundo para a sua realização.

Quid juris quanto ao domínio *negativo da tentativa do dirigente*, por parte do homem-da-frente?

Se o agente imediato suspender a execução do crime, isso inutiliza a eficácia lesiva do contributo do dirigente (criação e/ou manutenção das condições criminógenas de funcionamento da organização e não exercício dos seus poderes funcionais de direcção e supervisão)? A resposta tem de ser negativa. Nisto se joga o significado do domínio da organização para a execução de um crime cujos elementos essenciais são determinados pelas condições de funcionamento dessa organização.

O *agente imediato apenas domina positivamente o seu próprio contributo para o facto concreto que o tenha como agente*. Um contributo que é co-condição material da comissão de um crime *na e através da* organização. Logo, do “homem-da-frente” depende o sucesso do crime que o tenha como co-agente (*domínio negativo da consumação do facto concreto*). Dada a essencialidade do seu contributo para a realização *daquele* crime *na e através da* organização em que se integra, consegue impedir a consumação de tal facto pela mera omissão da sua conduta.

Mas o *agente imediato não tem o domínio negativo dos actos de execução do dirigente*. Se se recusar a executar o crime condicionado pela organização em que se insere, não prejudica a eficácia lesiva do contributo do dirigente, que conformou a organização para a prática do crime e eliminou as barreiras de contenção dos riscos de funcionamento da estrutura organizada.