

RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL NOS CRIMES DE EMPRESA

CECILIA CHOERI DA SILVA COELHO

1 Introdução

Um dos maiores desafios contemporâneos para o enfrentamento dos crimes praticados no âmbito da atuação empresarial se encontra na delimitação de critérios para imputação da responsabilidade penal dos membros da empresa¹. As teorias tradicionais para imputação de autoria e participação não respondem adequadamente ao problema em razão das peculiaridades das organizações empresariais, especialmente daquelas mais complexas.

Algumas de suas características são, na realidade, facilitadoras ou potencializadoras da prática de delitos corporativos², como a existência de uma organização hierárquica, a divisão do trabalho, o planejamento empresarial e a objetivação de lucros.

Nas grandes empresas, assiste-se a uma atomização ou fragmentação de atuações, decisões e conhecimento sobre riscos. Assim, em regra, não concorrem, nas mesmas pessoas, informações e conhecimentos técnicos e a capacidade para tomar e executar decisões. Na realidade, é comum que um delito seja consequência de uma pluralidade de ações realizadas por vários in-

1 O termo *empresa* é adotado ao longo deste artigo no sentido do ente coletivo, isto é, da pessoa jurídica sob o manto e no interesse da qual são cometidos delitos relacionados à sua atividade econômica.

2 Delitos corporativos são aqueles nos quais os aspectos estruturais típicos de uma empresa são verdadeiramente primordiais para sua ocorrência (RIOS, 2013, p. 204).

divíduos sem que cada uma dessas ações, isoladamente, possa fundamentar a responsabilidade pelo fato. Por outro lado, como bem alerta Feijóo Sanchez (2009, p. 26-28), a organização empresarial é uma realidade social que não pode ser tratada como uma soma de indivíduos dela distinta.

Tais características representam um problema para a determinação da responsabilidade individual. No entanto, é importante que essa dificuldade não leve à conclusão apressada de que toda organização empresarial se vale de sua estrutura organizada, deliberadamente, na intenção maliciosa ou fraudulenta de criar lacunas de punibilidade ou de levar ao que comumente se denomina uma situação de *irresponsabilidade organizada*.

Nesse sentido, a busca por critérios objetivos para elucidação dos problemas de autoria e participação no âmbito empresarial mostra-se imprescindível para garantir a responsabilização daqueles que se utilizam do escudo da organização empresarial para praticar delitos. Contudo, como alerta Artur de Brito Gueiros Souza (2014, p. 95), cumpre atentar para que não ocorra o inverso, ou seja, a indevida atribuição de responsabilidade penal coletiva – ou objetiva – dos que intervêm no âmbito da pessoa jurídica.

Segundo Susana Aires de Sousa (2009, p. 1009-1010), a tendência de resposta atualmente no contexto europeu, por exemplo, tem sido a de responsabilizar os órgãos de direção da empresa. Essa solução tem merecido críticas – entre elas a de Bernd Schünemann – que em muito se assemelham ao descrito acima. Esse autor argumenta que a complexidade da estrutura empresarial, baseada no princípio da divisão do trabalho, conduz a uma descentralização das decisões (e das ações), retirando dos órgãos de direção o efetivo controle sobre o que ocorre na organização. Assim, o poder de decidir não significa necessariamente que deva ser imputada, ao agente, responsabilidade penal pelos fatos delituosos que ocorrem na empresa e em seu interesse, caso contrário, estaria se admitindo uma espécie de responsabilidade criminal meramente funcional, isto é, decorrente das funções que o indivíduo exerce.

Diante desse impasse, o presente artigo tem por objetivo oferecer uma modesta contribuição ao debate, apresentando as principais teorias desenvolvidas para atribuição de autoria nos crimes de empresa. Assim, em primeiro lugar, são descritas de forma sucinta as teorias tradicionais que buscaram principalmente oferecer critérios de distinção entre autoria e participação em matéria de crimes de empresa. Em seguida, são expostas as soluções apresentadas para atribuição da responsabilidade individual no âmbito dos delitos de domínio para, posteriormente, analisar as teorias aplicáveis aos delitos de infração de dever e, especificamente, às condutas omissivas dos membros da organização. Finalmente, faz-se breve menção aos modernos programas de *compliance*, cujo desenvolvimento trouxe uma nova perspectiva para a ava-

liação dos papéis dos membros das organizações empresariais, tornando-se importantes instrumentos para delimitar responsabilidades.

2 Teorias tradicionais

As teorias tradicionais têm em comum o fato de pretenderem utilizar conceitos da dogmática clássica do concurso de pessoas para resolver os problemas de delimitação de autoria e participação no contexto das organizações empresariais³. Conforme se observará, a transposição de tais critérios tradicionais para os delitos de empresa não logrou oferecer solução satisfatória para o problema em virtude das limitações particulares de cada uma dessas teorias.

Em síntese, três são as teorias consideradas tradicionais para atribuição de responsabilidade individual nos delitos de empresa, e todas distinguem autoria de participação com base em critérios diferentes (SOUZA, 2014, p. 96-100): a teoria formal-objetiva; a teoria material-objetiva e a teoria subjetivo-formal.

Os adeptos da teoria *formal-objetiva* adotam um conceito restritivo de autor, segundo o qual é autor quem realiza a ação típica, isto é, o verbo do tipo, e partícipe, aquele cuja conduta constitui tão somente uma ação prévia ou preparatória.

Nos delitos de empresa, é certo que essa teoria deixaria livre de punição os membros dos escalões intermediários e superiores da empresa que, quando muito, responderiam como partícipes.

Ao contrário da anterior, a teoria *material-objetiva* adota um conceito extensivo de autor, em que a distinção entre autoria e participação depende da relevância causal da contribuição do concorrente para o resultado. Dessa forma, é a que mais se aproxima de um modelo unitário de autoria e, portanto, não se mostra adequada à criminalidade de empresa. Isto porque nas sociedades empresárias vigora a hierarquia de funções, de forma que há que se distinguir entre os aportes para o delito em função do desnível de poder entre os membros da empresa.

Finalmente, segundo a teoria *subjetivo-formal*, a distinção entre autor e partícipe reside no plano subjetivo do agente. Autor seria, portanto, aquele que atua querendo o resultado como obra sua, ao passo que o partícipe concorre para o fato desejando o resultado como obra alheia.

3 Note-se que, no Brasil, embora o Código Penal adote a teoria monista, considerando um conceito unitário de autor, faz distinção entre autoria e participação no tocante à dosagem da pena, numa adoção do que se denomina um monismo temperado.

A crítica que merece ser feita a esta última teoria reside no fato de que, em geral, o executor imediato tem plena capacidade de discernimento e vontade, de modo que ele também realiza o fato como obra sua.

Como se observou, transpostas para a criminalidade de empresa, nenhuma dessas teorias oferece solução político-criminal satisfatória.

3 Teorias do domínio do fato

A teoria do domínio do fato constitui ainda hoje o critério dominante para a delimitação da autoria nos crimes dolosos de ação.

A expressão *domínio do fato* foi usada pela primeira vez por Hegler, no ano de 1915, com sua conotação atrelada aos fundamentos da culpabilidade. No entanto, as primeiras formulações da ideia central da teoria do domínio do fato no plano da autoria só se deram efetivamente em 1933, por Adolf Lobe, e em 1939, por Hans Welzel. Em razão dessa sucessão de referências esparsas e pouco lineares à ideia de domínio do fato, pode-se dizer que apenas em 1963, com a tese de habilitação de Claus Roxin, a ideia teve os seus contornos concretamente desenhados (GRECO; LEITE, 2013, p. 2).

A teoria dominante na época acerca da autoria era a formal-objetiva, sobre a qual comentamos sucintamente acima. A teoria de Roxin deu nova resposta ao problema, muito embora a maioria dos autores nela visualizem traços das teorias objetivas bem como das teorias subjetivas. Isto porque o autor não somente teria o domínio objetivo do fato como também a vontade de dominá-lo, não raro sendo a teoria denominada *objetivo-subjetiva* (ORTIZ, 2011, p. 87).

Em realidade, a teoria do domínio do fato promove um rearranjo interno entre o que é autoria e o que é participação. Assim, não se pode dizer que a teoria expanda o conceito de autor; pelo contrário, ela cria requisitos para o enquadramento como autor de indivíduos que, mesmo segundo as teorias tradicionais, já seriam considerados ao menos partícipes do crime (SCALCON, 2014, p. 189).

Em síntese, para Roxin (2000, p. 368), autor é a figura central do acontecer criminoso, o senhor do fato, isto é, aquele que controla o atuar criminoso. Roxin cria, portanto, um conceito formal de autor que poderá ser adaptado conforme a natureza do delito.

Entretanto, muito embora a figura do autor como centro do acontecer típico seja um critério geral de orientação dentro da teoria criada por Roxin, o critério do domínio do fato, especificamente, não foi por ele proposto com pretensões de universalidade. Dessa forma, se por um lado parece poder ser aplicado aos delitos de domínio (fundamentalmente, delitos comuns comissivos dolosos), por outro, não é aplicável, por exemplo, aos delitos omissivos e

aos delitos de infração de dever, para os quais a autoria deve ser determinada com base em outros critérios (GRECO; LEITE, 2013, p. 8).

O domínio do fato manifesta-se, a depender da situação concreta, de três formas: I) autoria imediata como domínio da ação; II) coautoria como domínio funcional do fato; e III) autoria mediata como domínio da vontade.

Na hipótese de *autoria imediata como domínio da ação*, aquele que individualmente realiza todos os elementos integrantes de um tipo penal, sem exceção, é considerado autor do crime. E será autor ainda que aja a mando de outrem ou mesmo em erro de proibição inevitável determinado por um terceiro.

Nessa vertente, o domínio do fato se assemelha, portanto, a um conceito objetivo-formal de autor.

Para haver *coautoria como domínio funcional do fato*, deve haver uma atuação conjunta de ao menos duas pessoas para a realização de um objetivo comum com divisão de tarefas. Cada um tem o fato em suas mãos, na medida em que pode anular o plano conjunto retirando sua contribuição. Com isso, pode-se dizer que todos em conjunto detêm o domínio funcional do fato, o que faz de cada um coautor, no que Roxin chamou de uma imputação recíproca (2000, p. 309).

Note-se que não se trata aqui de um domínio funcional do fato por cada um dos coautores, mas do seu domínio conjunto, visto que cada um ocupa uma posição-chave para o sucesso do plano.

Finalmente, pode-se falar em *autoria mediata como domínio da vontade* quando o sujeito que pessoalmente realiza a ação, isto é, o autor imediato, tem sua vontade de tal forma dominada por terceiro, o autor mediato, que aquele acaba por se reduzir a um mero instrumento à mercê dos desmandos deste (SCALCON, 2014, p. 192).

Segundo Roxin, numa primeira hipótese, tal fato pode ocorrer quando o sujeito age mediante coação do autor mediato. Nesse caso, o domínio da vontade do executor da ação fundamenta o domínio do fato.

Uma segunda forma de domínio da vontade é o erro de terceiro (o autor imediato). O autor mediato possui domínio da vontade em razão do seu superior conhecimento da realidade e, assim, tem exclusiva capacidade de controle final do curso causal. O autor imediato não domina o fato, pois, induzido em erro, desconhece a realidade. Assim, funciona como mero instrumento do autor mediato.

A última e mais polêmica hipótese de autoria mediata como domínio da vontade é aquela que ocorreria por meio do que Roxin chamou de um aparato organizado de poder, sobre o que será tratado mais detidamente a seguir.

3.1 Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder (domínio da organização)

A teoria do domínio da organização, também denominada autoria de escritório, é uma modalidade de autoria mediata cuja peculiaridade em relação às demais teorias de domínio da vontade reside em que o autor imediato age livremente e com fiel representação da realidade (DUTRA, 2011, p. 223).

Essa teoria tem em comum com a teoria da coautoria, acima mencionada, o fato de que aqui também se verifica uma divisão do trabalho, porém, numa vertente vertical (SOUZA, 2014, p. 108-109). Assim, os homens de trás (os delinquentes de escritório) que ordenam os delitos, podem, sob certos requisitos, ser responsabilizados como autores mediatos ainda quando os executores sejam, ao mesmo tempo, punidos como autores plenamente responsáveis.

Na verdade, não é necessário fundamentar a autoria dos homens de trás na falta de escolha do homem da frente (como na vertente do domínio da vontade por coação), nem na sua falta de compreensão da realidade (como na vertente do domínio da vontade por erro). Isso porque, em razão da peculiar estrutura de poder existente, a organização funciona de maneira automática, pouco importando a figura pessoal do executor direto. Ao homem de trás não importa quem cumprirá a ordem, bastando-lhe a certeza de que ela será realizada. Diversamente do que ocorre na instigação (como se verá adiante), aqui a proximidade da ação típica concreta é inversamente proporcional à responsabilidade frente a ela (SCALCON, 2014, p. 196).

Assim, o domínio da organização conduz a uma relativa modificação das categorias utilizadas até então para estabelecer conceitos de autoria: “perdem-se a noção estrita de instrumentalização própria da autoria mediata, a exigência de acordo própria da coautoria e o influxo psíquico direto próprio da indução” (SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 115, tradução livre).

Mesmo sendo alvo de críticas, essa teoria ganhou adeptos nas décadas seguintes tanto na doutrina e nos tribunais da Alemanha quanto em outros países, tendo sido admitida como fundamento para condenação de ex-dirigentes da antiga República Democrática da Alemanha.

No Brasil, essa teoria ganhou notoriedade em razão do julgamento da Ação Penal 470 (o caso Mensalão) pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

No entanto, tal popularidade não foi acompanhada por análises mais detidas de seus fundamentos, carecendo de maior investigação sobre a possibilidade de aplicação da teoria aos delitos de empresa.

Antes de se passar a essa análise, cumpre apresentar a teoria do domínio da organização, conforme proposta originalmente por Roxin.

Como bem esclarecem Luís Greco e Alair Leite (2013, p. 6), para Roxin, aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como mera engrenagem de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados.

Como se observa, são as seguintes as condições que determinam a punição como autor mediato, em consonância com a teoria do domínio da organização: o poder de mando, a desvinculação do ordenamento jurídico e a fungibilidade do executor imediato.

Posteriormente, Roxin veio a acrescentar um quarto requisito, o qual julgou dispensável em seguida: a considerável disposição do executor para atuar. Segue a análise de cada um deles.

Em primeiro lugar, para Roxin, autor mediato somente pode ser aquele que, dentro de uma organização rigidamente dirigida, tem autoridade para dar ordens e a exerce para que se dê causa ao delito, ou seja, tem poder de mando. Dessa forma, pode haver, nos distintos níveis de hierarquia, vários autores mediatos (ROXIN, 2006, p. 244).

Em segundo lugar, não apenas a organização deve ter uma estrutura interna rígida, em que o autor mediato exerce poder de mando, como deve estar orientada a fins contrários ao ordenamento jurídico.

Roxin considera esse requisito indispensável. No entanto, tal desvinculação do ordenamento jurídico não precisa se dar em todas as suas relações, mas sim no marco dos tipos penais realizados pela organização (ROXIN, 2006, p. 245).

São duas as manifestações típicas desses aparatos de poder desvinculados do ordenamento jurídico, segundo Roxin: organizações que ostentam poder estatal e que se valem dele para cometer delitos (ex.: estados totalitários) e organizações contrárias ao poder estatal (ex.: organizações criminosas).

Finalmente, uma característica essencial do domínio da organização por aparatos organizados de poder reside na fungibilidade dos executores imediatos do delito, isto é, na possibilidade de substituição dos que executam o tipo penal de forma imediata. Com isso, o delito se realizará independentemente de quem seja a pessoa do executor, ou seja, a execução das ordens do homem de trás é assegurada, em grande parte, precisamente porque há muitos potenciais executores disponíveis. A eventual negativa ou falta de um indivíduo não impede a realização do tipo.

Em artigo publicado posteriormente, Roxin acrescentou, como quarto pressuposto para o reconhecimento do domínio do fato, a relevante disposição do executor para a prática do fato criminoso.

Segundo ele, aquele que leva a cabo o último ato para a realização do tipo dentro de um aparato organizado de poder tem uma posição distinta do autor que isoladamente decide realizar o tipo por si mesmo. Em razão de integrar a organização, ele se submete a numerosas influências de ordem criminológica⁴ que o tornam “mais preparado para o fato” e aumentam a possibilidade de que as ordens que lhe são dadas sejam cumpridas, contribuindo para o domínio do fato pelos homens de trás.

No entanto, em seguida, o autor voltou atrás e declarou se tratar de elemento não essencial para a configuração da autoria mediata em aparatos de poder, uma vez que esse elemento indicaria uma valorização da vontade do executor, algo que não se coaduna com a ideia de fungibilidade.

De uma forma geral, o acerto da ideia de Roxin reside no reconhecimento da organização como realidade social e, com isso, não se falaria em *domínio do fato*, mas em *domínio da organização*. No entanto, em linha com a crítica que faz Silva Sánchez (2008, p. 33-34), ainda que se admita a possibilidade de aplicar a teoria do domínio da organização por aparato organizado de poder às entidades empresariais, a ideia de uma direção absoluta composta por pessoas onipotentes no topo da hierarquia não é realista, dada a complexidade da empresa moderna, a divisão do trabalho e a descentralização dos processos de decisão e ação.

Pelo contrário, numa empresa grande, com processos complexos de tomada de decisão, em vez de domínio da ação, os escalões superiores exercem uma função de coordenação. Em realidade, quanto maior se torna a organização, menor é o controle exercido pelos que se encontram em posição de comando, de forma que a responsabilidade destes recai sobre o controle dos riscos inerentes ao trabalho coletivo e à repartição de funções.

Raquel Lima Scalcon (2014, p. 202-203) apresenta com clareza o que considera os principais argumentos para afastar a possibilidade de aplicação dessa

4 “Son múltiples y, en parte, incluso muy distintas circunstancias, las que desempeñan aquí un papel. La pertenencia a la organización suscita ya como tal una tendencia a la adaptación. Se espera que los miembros individuales se integren. Esto puede conducir a una participación irreflexiva en acciones que nunca se le ocurrirían a un individuo no integrado en una organización así. Pero un fenómeno típico de la organización es también un empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente. Al mismo tiempo, hay una participación de miembros también interiormente más bien contrarios como consecuencia de la resignada reflexión: ‘Si no lo hago yo, lo hace de todas formas otro’. Finalmente, se encuentran también supuestos, que incluso no fundamentan un dominio de la coacción o del error de los hombres de atrás, pero que se aproximan un poco más a tales situaciones: el ejecutor dispuesto a lo que le manden teme, por ejemplo, en caso de negativa, la pérdida de su puesto, el menosprecio de sus colegas u otros prejuicios sociales; o cuenta, pese a que tiene graves dudas sobre el carácter injusto de su actuación, con la impunidad, ya que después de todo su conducta está ordenada ‘por los de arriba’” (ROXIN, 2006, p. 247).

teoria às organizações empresariais. Para ela, uma empresa, na acepção do termo, jamais será um mero instrumento, uma mera engrenagem para o cometimento de delitos, ainda que venha a cometer alguns delitos. Isto porque, como regra, ela se move dentro do Direito. Assim, não faz sentido imaginar que os executores não resistam a uma ordem para delinquir, na certeza de que sempre estarão à margem de consequências jurídico-penais. Pelo contrário, é de se esperar que o executor tema que sua conduta seja descoberta e punida. Finalmente, não se pode falar nessa fungibilidade do executor, uma vez que as relações de trabalho têm como característica a pessoalidade. Dessa forma, não há certeza da realização da ordem para delinquir porque o funcionário que entra numa empresa não está implicitamente se comprometendo a cometer delitos.

Na realidade, o próprio Roxin rechaça a possibilidade de que sua teoria do domínio da organização, construída para delitos perpetrados por meio de aparatos organizados de poder, seja aplicada aos delitos cometidos no âmbito de uma empresa, em razão de entender que nem todas as condições erigidas pela teoria estariam presentes nesse caso⁵.

Assim, poder-se-ia dizer que a teoria do domínio da organização somente se compatibilizaria com a realidade empresarial caso a empresa preenchesse os requisitos a que alude Roxin, o que corresponderia a dizer que esta se transformara efetivamente em um mero aparato para o cometimento de crimes. Nesse caso, dificilmente se poderia ainda falar na existência real de uma empresa⁶.

Em contraste com esse entendimento que é majoritário na doutrina estrangeira, cumpre mencionar os argumentos utilizados por aqueles que en-

5 “Pero aquí no se puede fundamentar una autoría mediata de superiores apoyada en las reglas del dominio de organización, que inducen a cometer delitos a los empleados. De las cuatro condiciones del dominio de la organización faltan, generalmente, al menos tres: las empresas no trabajan por regla general desvinculadas del Derecho, en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales. Y tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa porque, como muestra la realidad, la comisión de delitos económicos y contra el medio ambiente lleva consigo un considerable riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa. Una autoría mediata en virtud del dominio de la organización es, pues, también en la doctrina alemana, rechazada en tales casos de modo absolutamente mayoritario. [...] Me resulta más adecuado recurrir a la figura jurídica por mí desarrollada de los delitos consistentes en la infracción de un deber [Pflichtdelikte] y, con su ayuda, fundamentar una autoría de los cargos directivos, en tanto se les atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad [Garantenstellung zur Wahrung der Legalität] de las acciones de la empresa” (ROXIN, 2006, p. 247-248).

6 Sobre a realidade brasileira, Luciano Feldens faz uma dura crítica ao que ele considera uma “progressiva rotulação de empresas lícitas – regularmente constituídas sob as Leis do país, com objeto social definido e alinhado às atividades econômicas efetivamente desenvolvidas – como ‘organizações criminosas’ [...] ante a circunstância de que determinado delito fora praticado por meio do corpo diretivo da respectiva pessoa jurídica. Um dos consectários lógicos decorrentes dessa gravíssima imputação já seria o bastante à constatação de sua impropriedade: a dissolução da ‘organização criminosa’ – algo de se esperar, quando efetivamente estivermos diante de uma espécie do gênero – apenas se atingiria mediante a dissolução da própria empresa. Esse movimento não representa coisa distinta que a criminalização da atividade empresarial no Brasil [...]” (FELDENS, 2012, p. 99-100).

tendem que é possível a aplicação da teoria do domínio da organização aos casos de criminalidade econômica, ainda que tal incidência não possa ocorrer de forma automática.

Para Bruna Dutra (2011, p. 232), o requisito de que a organização esteja desvinculada do ordenamento jurídico não é essencial para a configuração da autoria de escritório, visto que seria possível a detenção do controle do fato pelo homem de trás apenas com a satisfação dos outros dois requisitos (a existência do aparato organizado de poder e a fungibilidade dos executores imediatos). Isto porque, identificado o controle da empreitada criminosa por parte do dirigente da estrutura de poder, sob os pontos de vista objetivo e subjetivo, a desvinculação do aparato em relação ao ordenamento jurídico não seria um pressuposto indispensável para a configuração do domínio da organização.

Dessa forma, dispensado o requisito da desvinculação do ordenamento jurídico, observa-se que a fungibilidade do executor se mostra determinante para que se conclua pelo funcionamento automático da organização e, por conseguinte, pela garantia de que as ordens dos escalões superiores para delinquir serão cumpridas.

Nesse sentido, se, por um lado, os críticos da teoria do domínio da organização consideram que a substituição automática (fungibilidade) do executor imediato não é uma característica das organizações empresariais, por outro, aqueles que reconhecem sua aplicabilidade nesse terreno acreditam que é possível que essa fungibilidade seja verificada em concreto⁷. E, assim, nessas hipóteses, seria possível imputar responsabilidade penal àquele que emite a ordem para delinquir, ainda que a empresa não possa ser considerada uma organização que atua à margem da legalidade.

Em que pese tal possibilidade, cumpre mencionar a ressalva que faz Bruna Dutra (2011, p. 232). Segundo a autora, não cabe a invocação da construção roxiniana para justificar a imputação de todo e qualquer ilícito que ocorra no seio da organização ao seu dirigente, sem que se perquirira acerca de sua contribuição ao delito e da consciência e vontade no sentido do seu cometimento.

7 As ideias de Jesús María Silva Sánchez e Lorena Varela a respeito dos desvios cognitivos e das dinâmicas de grupo podem ajudar a compreender como essa fungibilidade dos membros de uma organização empresarial pode se dar concretamente. Segundo esses autores, as pessoas não são, nem individualmente nem em grupo, agentes perfeitamente racionais que calculam cada um dos seus passos. Pelo contrário, os agentes possuem uma dimensão racional e outra irracional. Assim, nas situações de grupo, os agentes podem se ver condicionados pelas chamadas forças situacionais, vindo a se comportarem de forma oposta à sua disposição interna, assumindo padrões de conduta do grupo. Por exemplo, podem vir a se conformar com algo que não concordam intimamente, obedecer às ordens justamente porque são emanadas de superiores ou porque acreditam que não serão responsabilizados, interiorizar seu papel dentro da estrutura de forma irreflexiva por se inserir numa cultura de grupo, entre outras formas de adaptação (SILVA SÁNCHEZ; VARELA, 2013, p. 266-280).

4 Teoria da instigação-autoria

A doutrina portuguesa, que inclui as obras de Jorge de Figueiredo Dias, acrescenta uma quarta forma de domínio do acontecimento criminoso, com fundamento no Código Penal português. Trata-se da figura da instigação-autoria.

Segundo essa vertente das teorias aplicáveis aos delitos de domínio, o homem de trás deteria o domínio do fato em virtude de dominar a decisão do homem da frente de cometer o delito. Assim, considera-se autor quem dolosamente instiga o executor direto, de forma determinante, a executar o delito. No entanto, cumpre mencionar que se exclui desse âmbito os casos em que o homem de trás se limita a incentivar, aconselhar ou sugerir a prática criminosa, uma vez que, nesses casos, tratar-se-ia de atos de cumplicidade, e não de instigação.

Susana Aires de Sousa (2009, p. 1013) considera que a figura da instigação-autoria pode, portanto, desempenhar um papel importante na criminalidade empresarial no nível vertical, isto é, especialmente nos casos em que o dirigente determina que o seu subordinado cometa uma prática criminosa.

Na realidade, têm-se empreendido muitos esforços para compatibilizar a teoria do domínio do fato com a criminalidade de empresa, algo que não faz sentido, uma vez que se dispõem de outros instrumentos mais adequados à realidade empresarial para tratar de autoria e participação.

De fato, avaliados os modelos teóricos até aqui apresentados, conclui-se que nada impede que, no âmbito da criminalidade de empresa, em se tratando de delitos de domínio, as diferentes vertentes possam ser aplicadas, conforme o caso, para resolver os problemas relacionados à autoria. Esquemáticamente, tem-se que: se aquele que recebe a ordem atua em erro ou por coação, a situação deve-se resolver no quadro clássico da autoria mediata; se atua determinado por seu superior mas de forma responsável, trata-se de um caso de instigação-autoria; se a decisão e a execução criminosa são conjuntas, haverá coautoria criminosa.

No caso de delitos de infração de dever, omissivos, culposos ou de mão própria, não será possível, nem mesmo necessário, invocar as teorias do domínio do fato para solucionar o problema da autoria, uma vez que a doutrina apresenta aportes teóricos mais adequados.

Optou-se por restringir as análises mais especificamente aos delitos de infração de dever e aos delitos omissivos. Dessa forma, as linhas mestras das propostas dos principais autores que tratam dessa temática são apresentadas resumidamente a seguir.

5 Delitos de infração de dever

Ao negar a aplicabilidade do critério do domínio aos delitos de infração de dever, Roxin (2006, p. 248) reconhece que tal dificuldade não deve impedir a imputação de responsabilidade penal por crimes econômicos ocorridos no contexto empresarial. Assim, propõe que se recorra a um modelo teórico específico, por ele mesmo desenvolvido, o qual seria mais adequado para fundamentar uma autoria dos cargos diretivos, atribuindo-lhes uma função de garante para salvaguarda da legalidade das ações da empresa.

Os deveres a que Roxin faz menção seriam aqueles deveres especiais, funcionais, originados de outros ramos jurídicos. No âmbito de empresa, seriam os deveres inerentes à gestão empresarial.

Roxin defende que, ante a prática de um delito de infração de dever, a autoria deve sempre recair sobre a figura do *intraneus*, detentor do dever especial, independentemente de indagação quanto à existência de domínio ou de outra causa de ordem naturalística. Sobre o *extraneus*, incidiria somente um dever genérico de respeito à norma, de forma que ele só poderia responder a título de participação.

Em outras palavras, autor é quem viola um dever especial e, em razão de sua relação com o conteúdo do injusto, é considerado a figura central do acontecer típico, independentemente do domínio que tenha sobre o fato.

Como se observa, diferentemente das teorias do domínio, o modelo teórico criado para os delitos de infração de dever possui caráter claramente normativo, sendo irrelevante, portanto, qualquer consideração a respeito da importância da contribuição do indivíduo para a determinação da autoria.

Também defensor da teoria dos delitos de infração de dever, Günter Jakobs foi o grande responsável por sua projeção, apresentando uma teoria permeada pela ideia de papéis sociais. Segundo o autor, a especial relação que se origina do papel ostentado pelo indivíduo na sociedade, decorrente do fato de ele pertencer a determinada instituição social, lhe confere certos deveres especiais. Um dado comportamento, portanto, somente terá relevância penal na medida em que frustrate a expectativa social que recai sobre o autor. Assim, nesses delitos a que ele denomina de *delitos de competência institucional*, a responsabilidade jurídico-penal estaria fundamentada na lesão desses deveres a que o indivíduo está especialmente obrigado (ORTIZ, 2011, p. 148).

6 Autoria por omissão

A partir do desenvolvimento das construções teóricas que buscaram resolver o problema da autoria nos delitos de infração de dever, muitos autores

passaram a criar construções próprias aplicáveis especificamente aos crimes de omissão imprópria.

Os crimes omissivos impróprios se situam dentro do espectro das infrações de dever, uma vez que se referem a comportamentos que só apresentam relevância quando há previamente um dever de agir para evitar um resultado típico. Esse dever de agir é, na realidade, um dever de garantia decorrente de uma cláusula que equipara a omissão a um delito comissivo.

Para muitos autores, essa fórmula pode ser transposta para a realidade empresarial. Isto porque a empresa seria uma fonte de perigo confiada ao dirigente, que tem deveres de vigilância e cuidado, em razão da ingerência. Criam-se riscos, dessa forma, que, se possível, devem ser contidos. Se o dirigente não o faz e o risco se concretiza em um resultado típico, pode ser considerado autor por omissão imprópria. Com mais razão ainda, poderá ser-lhe imputada tal forma de autoria se determina que um funcionário crie o risco e cause o resultado típico (SCALCON, 2014, p. 205-206).

Conforme a lição de Artur de Brito Gueiros Souza (2014, p. 113), Bernd Schünemann, em sua construção teórica chamada *domínio sobre a fonte de perigo*, acrescentou um requisito adicional sem o qual a omissão não seria penalmente relevante nessas circunstâncias. Para ele, a posição de garantidor só existe quando o autor da omissão exerce um domínio sobre a causa potencial do resultado ou o foco de perigo de lesão ao bem jurídico. Percebe-se, portanto, uma tentativa de compatibilizar elementos das teorias do domínio com o modelo da omissão imprópria.

Juan Antonio Lascurain Sanchez (2015, p. 276) trabalha a omissão imprópria dentro dos critérios da teoria da imputação objetiva. Assim, para esse autor, só caberá afirmar que a conduta típica tenha se realizado se o resultado puder ser objetivamente imputado ao comportamento do agente, isto é, se este comportamento (no caso, omissivo) tiver causado o resultado e se o agente o fez com a geração de um risco desaprovado que se concretizou no resultado.

Para imputar um resultado a uma omissão, portanto, será necessário que o omitente tenha um dever especial de cuidado, de evitação de um risco, risco esse que tenha se produzido no resultado.

No caso do dirigente de uma organização empresarial, Lascurain Sanchez defende que esse dever de cuidado ou de garantia decorre justamente do fato de que aquele empreende uma atividade produtiva. Como essa atividade supõe riscos para terceiros, quem a inicia será garante de seu controle.

No entanto, o empresário não é garante contra todos os delitos que podem ser cometidos a partir de sua empresa, somente daqueles que podem ser entendidos como expressão da empresa como fonte de perigo em si mesma.

Cumprir destacar que o dever do empresário pode ser delegado, o que provoca um efeito duplo: gera um dever de garantia para quem recebe a delegação e transforma o dever original de garantia do empresário em um dever de controlar, corrigir ou substituir aquele que recebeu a delegação, caso não realize adequadamente a função que lhe foi delegada. Assim, para o autor, se o delegatário não é supervisionado nem corrigido e comete um delito, o resultado poderá também ser imputado à omissão do empresário (LASCURAÍN SANCHEZ, 2015, p. 278).

Partindo dessas premissas, um administrador, por exemplo, poderá responder por um delito cometido em sua empresa se, dentro do âmbito em que o delito se desencadeou, omitiu-se em seu dever de garantia, não organizou bem a segurança de sua empresa ou não supervisionou aqueles a quem delegou tarefas.

A mesma fórmula pode ser usada para derivar a responsabilidade penal de outros órgãos dentro da empresa nas hipóteses em que tenham dever de garantia próprio ou delegado por terceiro, como os membros de órgãos colegiados, órgãos executivos, órgãos de assessoramento e órgãos de cumprimento.

Finalmente, ainda no contexto dos delitos omissivos, cumpre mencionar a posição adotada por Bernardo Feijóo Sanchez (2009, p. 39-44). Segundo ele, numa grande empresa, torna-se necessária a distribuição de papéis, a determinação de deveres de controle do risco e a delimitação de responsabilidades.

Com isso, embora a empresa tenha uma posição de garante originária que é assumida por dirigentes e administradores, ela vai gerando, em cadeia, uma delegação de deveres parciais. Essa divisão de competência deve ser levada em consideração quando da imputação de responsabilidade penal aos membros da empresa.

Cumprir notar que o princípio da confiança autoriza partir do pressuposto de que os outros cumprirão os seus deveres de cuidado. Por essa razão, não é razoável esperar que um dirigente tenha domínio sobre tudo que acontece na empresa e responda de forma geral pelas ações e omissões de todos os empregados. Para o autor, o dirigente só responderá se não tiver cumprido os deveres gerais de organização e controle que permitem assumir a existência dessa confiança na atuação regular dos demais membros do grupo.

Entre outros motivos, a necessidade de cumprimento de tais deveres de organização e controle, para fazer frente a eventuais riscos de imputação de responsabilidade penal, tem levado muitas empresas a criarem seus próprios programas de cumprimento de regras de governança, códigos de conduta, políticas de orientação de empregados e sistemas de controle e comunicação interna de riscos. São os chamados programas de *compliance*, que hoje cobrem não somente os já tradicionais controles de riscos trabalhistas e tributários, mas se estendem aos riscos de natureza criminal.

Tais regras, na realidade, estabelecem os riscos permitidos de uma atividade e podem servir de parâmetro para a delimitação das responsabilidades e deveres de garantia mencionados acima. Ademais, visam a evitar o desenvolvimento de um ambiente criminógeno, por meio de medidas de autocontrole e prevenção da criminalidade empresarial.

Embora indispensável a menção a esse tema do *compliance* criminal, dada sua íntima relação com o que se discutiu até aqui, não se estenderá essa temática, por se entender tratar-se de algo que, em razão de sua complexidade e importância, merece um estudo mais aprofundado em separado.

7 Considerações finais

Com o propósito de analisar a questão da formulação de critérios para imputação de responsabilidade penal individual nos crimes de empresa, buscou-se fazer um apanhado das principais construções teóricas desenvolvidas nesse sentido. Assim, foram apresentados os tradicionais modelos que fundamentam a autoria no Direito Penal clássico, passando pelas teorias de domínio, até aquelas aplicáveis aos delitos de infração de dever, em particular os omissivos. Diante dessa exposição, algumas considerações finais merecem ser feitas.

Primeiramente, cumpre destacar a dificuldade que ainda permanece na doutrina em se fazer uma análise dos delitos cometidos no âmbito de uma empresa, dissociada da ideia de existência de uma organização criminosa. Esta é uma premissa que deve nortear qualquer tentativa de atribuição do título de autor de um delito a um membro da empresa, sob pena de se estar na realidade punindo o indivíduo por crimes que se acredita serem imputáveis ao ente coletivo.

Essa questão tem especial relevância no contexto brasileiro, uma vez que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é, em regra, possível, exceto quando se trata de crimes ambientais.

Em segundo lugar, cumpre destacar a importância de se perceber a dinâmica empresarial como uma realidade complexa, em que a vontade do coletivo nem sempre corresponde à vontade de seus membros individualmente considerados. Assim, não é possível compreender as condutas perpetradas no âmbito empresarial desconsiderando os desvios cognitivos que advêm da inserção do indivíduo nesse contexto.

Finalmente, as dificuldades que ainda existem para determinar os âmbitos de competência e, por consequência, de responsabilidade dos membros de uma empresa, reforçam a importância do desenvolvimento de políticas de cumprimento (*compliance*), de forma a tornar claros os processos que se desenvolvem no interior da organização, retirando esse véu de desconhecimento e incerteza atrás do qual muitas vezes se escondem atividades criminosas.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coords.). *Direito penal econômico e financiero: conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. In: BOTTINO, Thiago A.; MALAN, Diogo R. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933, ano 102, p. 61-92, jul. 2013.

LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: MARTÍN, Adan Nieto; LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio; CORDERO, Isidoro Blanco; FERNANDEZ, Patricia Perez; MORENO, Beatriz Garcia. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

RIOS, Rodrigo Sanchez. Imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2006 en la clausura del curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología", de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

SCALCON, Raquel Lima. Problemas especiais de autoria e de participação no âmbito do direito penal secundário: exame da compatibilidade entre "domínio da organização" (Organisationsherrschaft) e criminalidade corporativa. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 181-210, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La "intervención a través de organización". ¿Una forma moderna de participación en el delito?. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delitos de organización*. Montevideo, Buenos Aires: B de f, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; VARELA; Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.

SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e coparticipação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. V. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 54, jul./set. 2014.

_____. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: _____. *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.