

INSTRUMENTOS DE IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA E REFORMA PENAL¹

*Luis Gracia Martín**

1. Delimitação do tema

Para dar início à abordagem temática da responsabilidade penal dos diretores, órgãos e representantes empresariais no Direito espanhol e fixar o conjunto de questões polêmicas que suscita podemos partir do seguinte exemplo:

Conforme a doutrina espanhola majoritária, na qual me incluo², o tipo de defraudação tributária insculpido na artigo 349 do nosso Código Penal é daqueles que, em razão de seu círculo de autores estar limitado àqueles que possuam a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária a que se refere a defraudação³, pertence à categoria dos delitos especiais. Na hipótese de defraudação correspondente ao Imposto de Sociedades em que, por exemplo, tenha ocorrido a frustração do pagamento da quota tributária em uma quantidade superior a cinco milhões de pesetas, tem-se que a empresa (pessoa jurídica societária) é o único sujeito que apresenta aquela qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária segundo a normativa jurídica do tributo (arts.4 L.I.S e 13 R.I.S e com caráter geral arts.30 e 33 LGT, o último dos quais atribui a condição de sujeito passivo do tributo também a entes carentes de personalidade jurídica). A sociedade aparece, em princípio, como portadora dos requisitos da autoria exigidos pelo tipo de defraudação tributária. Sendo assim, com exceção de determinados setores do ordenamento onde a imputação de efeitos jurídicos e a aplicação das conseqüências jurídicas podem e devem efetuar-se diretamente na própria pessoa jurídica

¹ Tradução do original espanhol de Érika Mendes de Carvalho, mestranda em Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá.

* Catedrático de Direito Penal. Universidade de Saragoça, Espanha.

² Vide Gracia Martín, *La responsabilidad penal del asesor fiscal por el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código Penal español*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Serie Estudios, nº 2, Madrid, 1988, pp.4-16.

³ Nessa trilha, sem exceções, nossa jurisprudência: SsTS de 29 de junho de 1985 (Ar.3.087), 2 de março de 1988 (Ar.1.520), 25 de setembro de 1990 (Ar.7.238) e 30 de janeiro de 1991 (Ar.469). Vide também quanto à redação do antigo art. 319 a Circular nº 2 de 20 de abril de 1978 do Ministério Público Junto ao Tribunal Supremo.

enquanto sujeito de direito⁴, o certo é que esses entes somente podem expressar e executar 'sua vontade' através de seus órgãos e representantes. A ação típica da defraudação, por conseguinte, será materialmente executada tanto em seus aspectos objetivos como subjetivos pelas pessoas físicas que ocupam tais cargos. Analisando esse processo de execução da ação de defraudação - pelos órgãos e representantes da sociedade - se comprova que foi o resultado da confluência de uma pluralidade de atos parciais e fragmentários de várias pessoas físicas que tomaram parte do processo de execução da falsa declaração tributária; a saber: o responsável do departamento comercial da empresa deu instruções a um empregado para que confeccionasse algumas faturas fictícias de compras que não ocorreram; posteriormente, forneceu cópias de tais faturas ao responsável pela assessoria fiscal da empresa, que por sua vez passa instruções a um empregado subordinado a esse Departamento para que, ao preencher o formulário da declaração tributária, consigne o valor daquelas faturas fictícias na seção correspondente aos gastos deduzíveis; a seguir, a falsa declaração é assinada pelo Diretor-gerente da empresa, que já havia orientado os anteriores para que atuassem do modo descrito; outro empregado da empresa é encarregado de entregar a falsa declaração ao respectivo escritório de contabilidade e assim o faz, produzindo-se nesse momento o resultado típico de simulação do pagamento de tributos⁵; enquanto isso, outros tantos empregados se ocupavam da transcrição dos valores das falsas faturas nos livros de contabilidade da empresa e quando esta é submetida a um procedimento de fiscalização tributária seu chefe da contabilidade exhibe ao inspetor a falsa contabilidade avalizada, além disso, pelas faturas fictícias. Poderíamos imaginar ainda, para complicar um pouco mais o caso, que a sociedade em cujo seio tem lugar esses fatos é uma das filiais de uma grande empresa e que a referida defraudação se realiza de acordo com as instruções da direção da matriz.

O exemplo proposto retrata um caso típico de execução de um fato punível - no caso uma defraudação tributária do art. 349 CP - no curso de uma atuação de empresa. A divisão do trabalho exige que o fato seja resultado de uma pluralidade de atos executados por distintos agentes no exercício de uma 'competência' - que é apenas fragmentária se comparada à atividade total da empresa. Por essa razão, cada ato parcial revela-se quase sempre atípico para o Direito Penal, seja porque não realiza por si só o tipo objetivo, seja porque seu autor desconhece que seu ato está contido no atuar criminoso mais amplo da empresa⁶ e então não perfaz o tipo

⁴ Assim, no Direito tributário o sujeito da imputação do fato gerador é a própria pessoa jurídica e a ela se aplica a consequência jurídica do pagamento da dívida tributária.

⁵ Sobre a distinção entre atos preparatórios, executivos e momento da consumação do delito de defraudação tributária em nosso Direito, vide Gracia Martín, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho Penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1990, pp.96 ss. e 273 ss.

⁶ Vide Schünemann, *wistra*, 1982, p.42.

subjetivo⁷; ou, finalmente, porque o ou os verdadeiros sujeitos que praticaram a conduta típica (objetiva e subjetivamente) carecem pessoalmente da qualidade constitutiva do elemento objetivo da autoria exigido pelo tipo⁸. Quando o agente imediato executa conscientemente um fato típico, inclusive com consciência da antijuridicidade, nem sempre o faz com plena autonomia do exercício de sua competência, mas em cumprimento de uma instrução emanada de outros órgãos empresariais hierarquicamente superiores, o que poderia acarretar para ele até mesmo efeitos excludentes da responsabilidade criminal⁹. De conseguinte, poderia ser questionada a conveniência político-criminal e a justiça da punição do autor que pratica o fato punível em um contexto 'criminalmente organizado' por outros¹⁰ sem ser responsável, todavia, por tal organização, pois a ameaça e efetiva imposição da pena ao autor que ocupa uma posição subordinada na hierarquia da empresa pode erigir-se, de fato e pela própria natureza das coisas, em um sério obstáculo à persecução e punição daqueles que representam efetivamente a "disposição (atitude) criminoso da empresa"¹¹.

Segundo a opinião dominante, embora o delito praticado no curso de uma atuação para uma empresa pertença ao grupo dos denominados delitos comuns, não se observam especiais problemas de imputação jurídico-penal. Aplicam-se as regras gerais de autoria e participação¹². Nesses delitos, os problemas que vão surgir serão oriundos da ruptura entre ação e responsabilidade, correntes em toda atividade que, assim como a da empresa, desenvolve-se conforme o princípio da divisão de trabalho e em obediência a uma forma de organização hierárquica. Ou

⁷ O tipo subjetivo pode faltar também naqueles casos em que o autor realiza *dolosamente* o tipo objetivo mas não atua com o ânimo subjetivo egoísta (atuar *para si ou em proveito próprio*) requerido pelo tipo nos delitos marcados por uma tendência subjetiva egoísta, como acontece no caso do delito de exercício arbitrário das próprias razões (art. 337) ou no delito de receptação, art. 546 bis a), CP (*tomar para si*); vide a esse respeito, com amplas e abundantes referências, Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985, pp.137 ss. e 416 ss.

⁸ Como ocorre no caso dos delitos especiais vide, amplamente, Gracia Martín, *El actuar I (n.6)*, pp.69 ss., 88 ss., 283 ss., 350 ss. e passim.

⁹ Assim propõe, de forma geral, Jakobs, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1989*, pp.271 ss., considerando que se deve isentar de responsabilidade quem, apesar de praticar um fato com conhecimento de seu sentido e transcendência o faz, todavia, no exercício de uma competência apenas parcial em um contexto mais amplo organizado por outro; provavelmente no mesmo sentido, já antes, Zugaldía Espinar, CPC, nº 11, 1980, p.85, que parece defender uma exclusão da responsabilidade penal do técnico assalariado da empresa que pauta sua atuação a partir do contexto definido pela 'política de empresa'.

¹⁰ Vide Zugaldía e Jakobs (como no n.8); Marxen, JZ, 1988, pp.287 ss.; é o caso, como frisa Schünemann, do autor que pratica o fato imbuído de uma 'atitude criminoso de grupo' frente a qual muito dificilmente pode oferecer-se resistência, o que determina, segundo ele, um significativo enfraquecimento da eficácia preventiva das normas penais, vide Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Karl Heymanns Verlag, Köln, Berlín, Bonn, München, 1979, pp.22 ss.; idem, *wistra*, 1982, pp.42 s.; e idem, *Jornadas sobre la 'Reforma del Derecho Penal en Alemania'*; CuCGPJ, Madrid, 1991, p.38.

¹¹ Vide, nesse sentido, Marxen, JZ, 1988, pp.289 s.

¹² Vide, recentemente nesse sentido, *Bottke, wistra*, 1991, pp.13 s.

seja: problemas de identificação do ou dos autores responsáveis e problemas de prova.

Aos problemas que surgem na determinação do sujeito responsável no âmbito das regras gerais de autoria e participação e em relação ao delito ou infração cometidos a partir de uma atuação para uma empresa se acrescenta, no caso dos delitos especiais, uma nova dificuldade. No Direito Penal e no Direito Administrativo os tipos de injusto podem descrever comportamentos suscetíveis de realização por qualquer membro da comunidade social ou, ao contrário, somente por determinados indivíduos. No primeiro caso fala-se em delitos comuns e no segundo em delitos especiais¹³. Nesses últimos a lei limita as possibilidades de prática do fato mediante a exigência de que no agente concorram determinados requisitos. Esses requisitos constituem elementos objetivos da autoria e, de acordo com a opinião dominante, pertencem ao tipo objetivo do delito¹⁴. A partir da descrição da hipótese típica pelo preceito da Parte Especial tem-se que não pode ser responsabilizado como autor do delito todo aquele que execute a conduta típica ou atue com domínio do fato. É preciso que, além disso, o autor da ação típica pertença a uma determinada classe de sujeitos descrita pela lei - expressa ou implicitamente - valendo-se de expressões que aludem a certas posições jurídicas, sociais ou econômicas que podem ser ocupadas por pessoa participante das relações sociais. Assim, por exemplo, determinados tipos requerem que a ação típica seja praticada por um empresário (art. 499 bis CP), por um comerciante declarado falido (art. 520), por um credor (art. 337) ou pelo proprietário de um bem de utilidade social (art. 562). No Direito Penal econômico a grande maioria dos delitos são especiais, tipificando comportamentos de sujeitos que participam da circulação econômica a partir de determinadas posições formalizadas e, às vezes, quase institucionalizadas. Em alguns casos é impensável a prática da conduta típica fora da posição pessoal delimitada e descrita pelo tipo legal. Assim, apenas na posição de titular de um patrimônio é possível praticar a ação de 'desviar fraudulentamente seus bens' (art. 519 CP). Aquele que não é titular do patrimônio sujeito à responsabilidade patrimonial do devedor (art. 1911 C.C) poderá, sem dúvida, praticar fatos que materialmente presumam a subtração do referido patrimônio das expectativas de execução dos credores. Mas nesse caso tem-se caracterizado um 'desvio dos bens de outrem' e isso de forma alguma satisfaz a exigência do tipo legal.

No exemplo de defraudação tributária relatado no início de minha exposição acredito que, de acordo com minha concepção dogmática desse tipo, autores (co-autores) da ação típica de defraudação são o Diretor-gerente e o chefe da assessoria fiscal, pois dentre todos os sujeitos que tomaram parte no processo de execução e entrega à Administração da falsa declaração tributária, somente aqueles

¹³ Vide, por exemplo, Cerezo Mir, *PGI*, 3ª ed., 1985, pp.333 s.

¹⁴ Vide Cerezo Mir, *PG I*, 3ª ed., 1985, p.333.

tiveram em suas mãos a decisão sobre a apresentação ou não de semelhante declaração e a feitura da simulação do pagamento da quota tributária na quantia típica¹⁵. Em um caso como o examinado, portanto, uma vez transpostos os obstáculos derivados dos efeitos que têm a divisão do trabalho e a organização hierárquica no delito praticado a partir de uma atuação para uma empresa, conclui-se sem dificuldade que aqueles que executaram a ação típica com domínio do fato - o Diretor-gerente e o chefe da assessoria fiscal - são autores do delito de acordo com as regras gerais de autoria e participação e que os demais, conforme as mesmas regras, incorreram em responsabilidade por alguma das formas acessórias de participação¹⁶. Nesse caso, porém, com base no preceito da Parte Especial ninguém pode ser punido como autor nem, devido à natureza acessória da participação, como cúmplice. O tipo legal faz depender a punibilidade da atuação com domínio do fato de sua prática por um sujeito qualificado: o sujeito passivo do tributo, porém essa qualidade não se verifica em absoluto naqueles que dominaram finalmente o fato, mas única e exclusivamente na sociedade para a qual atuaram. Nessas hipóteses ocorre uma lacuna de punibilidade. Por razões que logo veremos, em tais casos se produz uma separação dos elementos do tipo de um modo jurídico-penalmente relevante. Àqueles que agiram efetivamente como autores - seja diretos ou mediatos - falta a qualidade especial da autoria exigida pelo tipo e àquele que a possui falta a prática direta ou mediata do fato. Visto que nenhum dos sujeitos reúne a totalidade dos elementos do tipo, posto que esses aparecem divididos entre ambos, nenhum dos dois pode ser punido por não se verificar neles a hipótese de

¹⁵ Quanto ao tipo da simulação do pagamento de tributos considero, ao contrário da doutrina dominante, que a ação típica de defraudação do art. 349 consiste única e exclusivamente na realização consciente de determinadas e qualificadas infrações do dever de declaração. Vide, amplamente, Gracia Martín, *La infracción (n.4)*, pp.98 ss., 107 ss., 288 ss. e passim. Todavia, como o ato de declarar - do qual o ato de declarar falsamente ou a omissão de declarar o correto são espécies, que constituem o núcleo executivo do delito de defraudação tributária - pertence, de acordo com a doutrina que entendo mais acertada, à categoria dos atos de *manifestação de conhecimento e, eventualmente, aos atos de manifestação de vontade* (assim, Sánchez Serrano, *La declaración tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p.134; idem, *Comentarios a las leyes tributarias y financieras*, II, Edersa, Madrid, 1983, pp.57 s.) parece que tal vontade de manifestação somente pode ocorrer e de fato ocorre no Diretor-Gerente e no chefe da assessoria fiscal da empresa e que apenas esses têm o domínio do fato, pois nem o que fabrica as falsas faturas, nem o que se limita unicamente a transcrever materialmente dados falsos no formulário da declaração tampouco, finalmente, o que apresenta a falsa declaração ante ao escritório de contabilidade correspondente realizam com esses atos - que, não obstante, inserem-se na esfera da *cumplicidade - manifestações de conhecimento ou de vontade dirigidos à Administração tributária*, mas tão-somente operação e atos materiais de preparação e produção do suporte material para a prática do ato de falsificação de declaração tributária pelos responsáveis da empresa (aqui o Diretor-Gerente e o chefe da assessoria fiscal) - este sim penalmente relevante -, de forma que os referidos atos não configuram uma ação de defraudação fiscal típica nem, de conseguinte, autoria do delito. O mesmo não se pode dizer, porém, das condutas do Diretor-Gerente e do chefe da assessoria fiscal.

¹⁶ Na minha opinião, a teoria dos delitos consistentes na infração de um dever não é correta e considero que a autoria nos delitos especiais, como nos comuns, é determinada também mediante o critério do domínio do fato; vide minha crítica e posicionamento em Gracia Martín, *El actuar I (n.6)*, pp.112 ss., 350 ss., 354 ss.

fato descrita pelo preceito da Parte Especial. A imposição de uma pena nesses casos ao sujeito qualificado, que não praticou ele mesmo o tipo de injusto, apenas poderia se basear em uma imputação de fato alheio, mas isso é proscrito pelo princípio da culpabilidade e pelo princípio da pessoalidade das penas e se aquele é uma pessoa jurídica é óbvio que não lhe pode ser imposta a pena. A imposição da pena a quem realmente agiu, com fulcro unicamente no preceito correspondente da Parte Especial, constituiria uma violação do princípio da legalidade, pois aquele preceito exige uma qualidade pessoal que, sem a menor sombra de dúvida, falta ao autor. A lacuna de punibilidade que produz essa separação dos elementos do tipo apenas pode ser colmatada pelo legislador mediante a introdução de disposições específicas de extensão da autoria formal dos delitos especiais àqueles que atuam no lugar do sujeito qualificado.

2. A responsabilidade penal do órgão e do representante da empresa pelos delitos especiais

Antes mesmo da reforma parcial e urgente do Código Penal espanhol de 25 de junho de 1983, nosso Direito carecia de uma disposição geral da responsabilidade penal do órgão e do representante da empresa pelos delitos especiais. A doutrina científica denunciava a lacuna de punibilidade que, pelas razões expostas, produzia-se nesses casos. Uma posição distinta perfilhou nossa jurisprudência ao considerar que não havia lacuna de punibilidade alguma. Nas hipóteses de prática de um delito a partir de uma atuação para uma empresa (pessoa jurídica) nosso Tribunal Supremo ignorou a diferente problemática que se observa conforme seja o delito comum ou especial. As sentenças que abordam a questão de um modo correto e argumentam que o autor carece da qualidade específica da autoria do delito especial foram excepcionais¹⁷. Ao contrário, a jurisprudência majoritária aplicou a todos os delitos o mesmo critério e considerou que quando se pratica um fato punível no seio de uma pessoa jurídica são autores responsáveis pelo mesmo, seja qual for a categoria de delito de que se trate, as pessoas físicas que exercem cargos de responsabilidade na empresa¹⁸. Em algumas sentenças,

¹⁷ Cf. SsTS de 18 de outubro de 1969 (J.C. núm.1.081), 31 de janeiro de 1983 (J.C. núm. 128), 15 de abril de 1974 (J.C. núm.625), 30 de dezembro de 1978 (J.C. núm. 1.145) e 25 de setembro de 1982 (J.C. núm. 1.117) como *únicas* sentenças anteriores à reforma de 1983 que examinam corretamente a hipótese de uma atuação em lugar de outrem.

¹⁸ Vide, sobre casos nos quais o delito praticado era especial e o TS não observava o fato de que o órgão ou representante carecia da qualidade especial da autoria, SsTS de 4 de março de 1960 (J.C. núm. 213), 22 de maio de 1960 (J.C. núm. 1.127), 1 de dezembro de 1969 (J.C. núm. 2.096), 8 de outubro de 1970 (J.C. núm. 1.019), 2 de junho de 1973 (J.C. núm. 813), 19 de janeiro de 1974 (J.C. núm. 74), 14 de março de 1974 (J.C. núm. 433), 15 de outubro de 1974 (J.C. núm. 1.329), 9 de novembro de 1974 (J.C. núm. 1.503), 2 de abril de 1975 (J.C. núm. 492), 23 de novembro de 1976 (J.C. núm. 1.355), 30 de dezembro de 1978 (J.C. núm. 1.145), 2 de fevereiro de 1980 (J.C. núm. 429), 27 de janeiro de 1981 (J.C. núm. 149) e 9 de maio de 1981 (J.C. núm. 629). Talvez pela inércia dessa jurisprudência se explique o absurdo entendimento das primeiras sentenças que,

nossa jurisprudência fundamentou tal solução na existência de um princípio geral do Direito, positivado em algumas disposições particulares de ampliação da autoria de determinados tipos especiais a pessoas que exercem cargos de responsabilidade na administração e gestão da empresa, como acontece no caso do delito de desobediência a ordens do Governo em matéria econômica do art. 238 CP, no art. 499 bis para os delitos contra a liberdade e segurança no trabalho ou no hoje derogado art. 319 relativo à defraudação tributária¹⁹. Nossa jurisprudência anterior à reforma de 1983 colmatou de fato algumas lacunas de punibilidade que surgem nos delitos especiais praticados a partir de uma atuação para uma empresa, mas com critérios dogmática e politicamente insustentáveis em quase todos os seus aspectos. O exercício de cargos de responsabilidade na empresa é um critério de imputação que está deslocado em se tratando de delitos comuns porque nesses o tipo não exige de modo algum qualidades especiais de autoria. Desse modo, o TS transformou delitos comuns em especiais quando o fato era praticado no curso da atividade de uma empresa, introduzindo no tipo, como elemento da autoria, a qualidade de 'exercer cargos de gestão e administração na empresa'²⁰. Pelo contrário, é nos delitos especiais que pode ter validade tal critério como fundamentação da ampliação da autoria àqueles que exercem certos cargos de responsabilidade, mas como esse exercício não atribuiu a qualidade formal da autoria exigida pelo tipo, a punição de quem exerce o cargo sem que exista uma disposição específica que o habilite não passa de aplicação analógica da lei penal e, em consequência, de infração ao princípio da legalidade²¹.

embora já tendo em conta o novo art. 15 bis - SsTS de 24 de fevereiro de 1984 (Ar.1.644), 14 de maio de 1984 (Ar. 2.606) e 25 de junho de 1985 (Ar. 3.062) - , consideram que o mencionado preceito não preencheu vazios legais algum, vindo unicamente a dar respaldo normativo ao princípio de que pelos fatos realizados no seio de pessoas jurídicas são sempre responsáveis as pessoas físicas que, dentro daquelas, exercem cargos de responsabilidade. Em aplicação da mesma tese, o TS também exigiu o exercício de cargos de responsabilidade na pessoa jurídica como condição da autoria ainda que o delito praticado fosse comum: SsTS de 17 de junho de 1967 (J.C. núm. 761) 12 de fevereiro de 1970 (J.C. núm. 169), 22 de fevereiro de 1972 (J.C. núm. 254), 2 de dezembro de 1972 (J.C. núm. 1.699), 12 de junho de 1974 (J.C. núm. 2.868). Mesmo após a entrada em vigor do novo art. 15 bis, indiscutivelmente limitado aos delitos especiais, a STS de 25 de junho de 1985 (Ar. 3.062) considerou-o aplicável a um delito comum como o de fraude.

¹⁹ Assim, SsTS de 19 de janeiro de 1974 (J.C. núm. 74) e 30 de dezembro de 1978 (J.C. núm. 1.145).

²⁰ Vide a crítica a essa tese jurisprudencial em Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, II, Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1986, pp.33 ss.; idem, *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Ed.Bosch, Barcelona, 1986, pp.143 s.; e também Mir Puig, PG, 3ª ed., p.188.

²¹ Vide, nesse sentido, Muñoz Conde, CPC, núm. 3, 1977, pp.163 s.; Bajo Fernández, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, p.121; Octavio de Toledo, ADPCP, 1984, p.37; Gracia Martín, *El actuar I (n.6)*, pp.223 s.; idem, *El actuar II (n.19)*, pp.39 ss.; na recente doutrina alemã, destaca de modo especial que inclusive o tipo legal da atuação em lugar de outrem tem um fundamento analógico passível de questionamento constitucional Marxen, JZ, 1988, pp.287 s.

Frente o critério jurisprudencial, a doutrina científica espanhola denunciava a existência de uma lacuna de punibilidade nesses casos²². Essa foi também a postura do legislador. A Lei Orgânica de Reforma Parcial e Urgente do Código Penal de 25 de junho de 1983 incorporou ao Código Penal um novo art. 15 bis, com base nos arts.35 do PLOCP 1980 e 31 da PANCP 1983, inspirados no parágrafo 14 StGB, que tem o seguinte teor: “O que atuar como diretor ou órgão de uma pessoa jurídica ou na representação legal ou voluntária da mesma, responderá pessoalmente, ainda que não apresente, e sim a entidade em que trabalha, as condições, qualidades ou relações que a respectiva figura delitiva requer para que possa ser sujeito ativo da mesma”.

Não se pode negar que essa disposição representa um importante avanço para nosso Direito. Sobretudo porque através dela confere-se respaldo constitucional à praxis jurisprudencial espanhola anterior²³. Mas é discutível que semelhante preceito, dados os termos em que está redigido, seja adequado para cumprir a finalidade político-criminal de preenchimento de lacunas de punibilidade que com ele se pretende. Cabe destacar que nos quase dez anos de vigência desse preceito foram muito poucos os casos em que nossos tribunais tiveram oportunidade de abordar problemas específicos de sua aplicação²⁴. A maior parte das decisões judiciais que se defrontaram com o art. 15 bis não trataram de questões concretas de atuação em lugar de outrem e se limitaram a reproduzir a finalidade programática do preceito. A doutrina científica, de conseqüência, carece de um suporte experimental, prático, na hora de confrontar o preceito com as necessidades político-criminais espanholas nesse âmbito.

1. O fundamento da responsabilidade do órgão e do representante

A regulamentação espanhola, assim como a do parágrafo 14 StGB e a do art. 12 do Código Penal português, toma como ponto de partida a situação real de ruptura dos elementos do tipo do delito especial que se produz nos casos de prática

²² Vide, entre outros, Muñoz Conde, ADPCP, 1970, pp.183 ss.; idem, *El delito de alzamiento de bienes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, p.107; idem, CPC, núm. 3, 1977, pp.155 s.; idem, PE, 4ª ed., 1982, p.287; Rodríguez Mourullo, *Presente y futuro del delito fiscal*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1977, p.71; idem, PG, 1ª ed., 1977, p.230; Bajo Fernández, *Derecho Penal (n.20)*, pp.119 ss.; idem, ADPCP, 1973, p.129; idem, ADPCP, 1977, p.49; idem, em *La Reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p.452; Sainz Cantero, *Revista de Estudios Sociales*, Escuela Social de Murcia, 1972, pp.25 e 28; idem, *PG II*, 1982, p.249; Rodríguez Devesa, *PG*, 8ª ed., 1981, p.379; Mir Puig, *Adiciones I*, p.310; idem, *PG*, 1ª ed., 1984, pp.144 s.

²³ Cf. nesse sentido, as considerações que faz a STS de 24 de julho de 1989 (Ar.6.284) apresentadas por Enrique Bacigalupo.

²⁴ Desde a promulgação da Lei de 1983 até a data atual de publicação das sentenças, apenas dispomos das seguintes: SsTS 24 de fevereiro de 1984 (Ar.1.644), 14 de maio de 1984 (Ar. 2.606), 25 de junho de 1985 (Ar. 3.062), 24 de julho de 1989 (Ar. 6.284), 29 de setembro de 1989 (Ar. 6.815), 6 de novembro de 1989 (Ar. 8.565), 6 de março de 1990 (Ar. 2.399), 22, 26 e 30 de novembro de 1990 (Ar. 9.079, 9.193 e 9.269), 27 de março de 1991 (Ar. 1.991), 29 de maio de 1991 (Ar. 5.023), 21 de novembro de 1991 (Ar. 9.147).

de um fato a partir de uma atuação para uma empresa²⁵, pois configura a hipótese de fato onde o elemento da autoria do delito especial se verifica na pessoa jurídica mas falta na pessoa física que atua em seu nome. Se o elemento da autoria se faz presente na pessoa do representante, a atribuição de responsabilidade a este pode se realizar já a partir do tipo da Parte Especial e deve prescindir da disposição da atuação em lugar de outrem²⁶. Posto que a questão decisiva a respeito dos delitos especiais é a punibilidade do representante, que não é possível com base no tipo da Parte Especial porque carece pessoalmente do elemento especial da autoria, a função que a disposição legal das atuações em lugar de outrem deve desempenhar é a de ampliar a autoria do delito especial de modo que, a partir daí, possa inserir-se o representante no círculo de autores idôneos do delito²⁷. Todavia, no representante não se encontra nunca o elemento da autoria de um modo pessoal. Por essa razão, a doutrina dominante entende que a inclusão do representante no círculo de autores do delito especial somente é possível a partir da atribuição do elemento da autoria de que carece, quer dizer, mediante uma transmissão do referido elemento da

²⁵ A hipótese da qual nos ocupamos, porém, transcende, sem dúvida, o âmbito da criminalidade econômica em geral e, dentro desta, o concernente aos fatos praticados através de uma atuação para uma empresa. Atuações em lugar de outrem jurídico-penalmente relevantes têm lugar também em delitos especiais que nada têm a ver com a criminalidade de empresa, como acontece nos delitos funcionais quando o autor descrito pelo tipo deva ser um funcionário "competente" e este se faça substituir por outro funcionário que, em princípio e originalmente, carece do status que outorga formalmente a competência ou mesmo por uma pessoa que não é funcionário em absoluto e lhe encarrega do exercício material da efetiva função que possibilita a prática do fato típico. Na STS de 27 de março de 1982 (J.C. núm. 413 = A.2.029), o autor material dos fatos constitutivos do delito de desvio de verbas públicas por funcionário no exercício de seu cargo era um sujeito que atuando como "suplente" de um ajudante de agente postal falsificou os livros oficiais de remessa postal de dinheiro e se apropriou do dinheiro procedente de tais remessas; em que pese o autor não fosse nem sequer funcionário interino, o TS o condenou pelo delito funcional com base em uma interpretação literal do conceito de funcionário do art. 119 do Código Penal; a respeito vide Gracia Martín, *El actuar II* (n.19), p.29 n.15; sobre a possibilidade de atuações no lugar de funcionário, vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.306 ss. e na doutrina alemã Bruns, *GA*, 1982, pp.16 ss. e Schünemann, *Unternehmenskriminalität* (n.9), pp.134 s.; idem, *JURA*, 1980, p.574. Por outro lado, uma atuação em lugar de outrem referente ou não a um delito econômico, pode ser observada também nas hipóteses em que o titular formal do status com que se descreve o autor do delito não seja uma empresa revestida dos requisitos que lhe atribuem personalidade jurídica autônoma. É o caso, por exemplo, do representante legal de um incapaz ou do administrador de um conjunto de bens.

²⁶ Assim, SsTS 24 de julho de 1989 (Ar. 6.284), 29 de setembro de 1989 (Ar. 6.815), muito confusa a de 6 de março de 1990 (Ar.2.399) e na doutrina Sainz Cantero, *Lecciones II*, 2ª ed., 1985, pp.230 ss.; Bustos Ramírez, *PG*, 3ª ed., 1989, p.172; Bajo Fernández, *PE II*, 1987, p.405; Gracia Martín, *El actuar II* (n.19), p.122; para os parágrafos 14 StGB e 9 OWiG, vide, entre outros Lenckner, Schönke/Schröder, 24ª ed., 1991, §14, núm.4 s.; Roxin, *LK*, § 14, núms. 11 s.; Bruns, *GA*, 1982, pp.23 s.; Jakobs, *AT*, 2ª ed., 1991, p.601 núm.14; Göhler, *OWiG*, 9ª ed., 1990, § 9, núms. 2ª e 5; Cramer, em *KK-OWiG*, 1989, §9, núm.5; Rebmann/Roth/Hermann, *GüOWiG*, 2ª ed., §9, núm.5. Em nossa doutrina, Rodríguez Devesa/Serrano Gómez (*PG*, 14ª ed., 1991, p.396) consideram que não é obrigatória a concorrência dos elementos da autoria no representante, o que é inexato, pois necessário é, em verdade, que não concorram.

²⁷ Estamos, portanto, ante uma disposição de extensão da tipicidade e da responsabilidade a partir de uma extensão da autoria dos delitos especiais; assim a doutrina dominante: vide, com amplas referências da doutrina alemã e espanhola, Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.83 s. e n.55.

autoria ao representante (Überwälzungstheorie)²⁸. A imputação do elemento especial da autoria ao representante permite superar, através de um critério normativo, a separação dos elementos do tipo legal que ocorre na realidade, pois uma vez que se comprove que sobreviram as condições da imputação e efetuada esta, ter-se-á logrado a reunião de todos os elementos do tipo na pessoa do representante e ele já poderá ser punido como autor do delito especial. Portanto, importante se faz a fixação do critério de imputação. Entretanto, de imediato, surge a indagação acerca dos fundamentos legitimadores de tal imputação.

O art. 15 bis do Código Penal prevê como critério da imputação o da representação. Para que um *extraneus* possa ser responsabilizado por um delito especial é absolutamente necessário que o elemento da autoria que lhe falta ocorra na pessoa jurídica que representa e em cujo nome atua. Como afirma Bacigalupo “a representação, portanto, converte o representante em destinatário das normas especiais concernentes à pessoa representada”²⁹ de forma que os elementos especiais da autoria “são transmitidos ao representante por efeito da representação”³⁰. O critério da representação parece-me, não obstante, inadmissível por vários motivos. Por ora, destacarei e me ocuparei de dois deles: o primeiro é que, como procurarei demonstrar, a teoria da representação não pode legitimar a extensão da autoria dos delitos especiais aos representantes do sujeito qualificado, e o segundo é que dificulta seriamente o fim político criminal da disposição de atuação em lugar de outrem, especialmente em matéria de criminalidade de empresa.

A teoria da representação, também agasalhada no §14 StGB e no §9 OWiG, é a dominante na Ciência do Direito Penal alemã ainda que, como veremos, existam renomados críticos da mesma. A doutrina majoritária parte do pressuposto de que os delitos com elementos especiais da autoria têm seu fundamento na infração de um dever especial que, de acordo com a disciplina extrapenal incumbe apenas ao sujeito que se encontra em uma determinada posição, como por exemplo a de empresário. Isso explica porque o tipo da Parte Especial limitou a autoria a essa categoria de autores. Todavia, é comum que agentes que não se encontrem originariamente naquela posição representem o autor idôneo no cumprimento dos

²⁸ Assim, a doutrina alemã dominante interpreta o § 14 StGB e o § 9 OWiG como disposições de imputação ou de transmissão (Überwälzung) ao representante dos elementos pessoais especiais que não possui: Gallas, *ZStW*, 1968, p.22; Bruns, *JZ*, 1954, p.14, *JZ*, 1958, pp.461 e 464 e *GA*, 1982, pp.4 s., 9 e 34 ss.; Roxin, *LK*, 10ª ed., § 14 núm. 22; implicitamente Jescheck, *AT*, 4ª ed., 1988, p.207 núm. 1; Lenckner, Schönke/Schröder, 24ª ed., 1991, § 14, núm. 4; Cramer, em *RK-OWiG*, 1989, § 9, núm. 2; na doutrina espanhola consideram que a disposição do art. 15 bis CP implica uma transferência do elemento da autoria ao representante Bacigalupo, em *Cobo/Bajo, Comentarios a la legislación penal*, V, vol. 1º, 1985, pp.316 e 325; Bustos, *PG*, 3ª ed., 1989, p.172; provavelmente também Sainz Cantero, *PG II*, 2ª ed., 1985, p.231.

²⁹ Vide Bacigalupo, *Comentarios (n.27)*, p.316.

³⁰ Vide Bacigalupo *Comentarios (n.27)*, p.325. No mesmo sentido, entende Bustos Ramírez (*PG*, 3ª ed., 1989, p.172) que “pela teoria do mandato, de caráter civil, se transfere para efeitos penais as características do tipo legal que recaem sobre o representado ao representante”.

deveres que lhe incumbem³¹. Tendo em vista que a infração desses deveres constitui o fundamento dos elementos especiais da autoria, e tal infração é a que está sancionada com pena, compreende-se que quem assumiu a tarefa de cumprimento dos deveres de outro garantidos com uma pena colocou-se na mesma posição do sujeito idôneo e no caso de os infringir terá realizado o mesmo injusto. E isso porque a conduta do representante é, nesses casos, semelhante, equivalente - se não idêntica - à do sujeito idôneo. Daí se deduz um fundamento de ampliação da autoria do delito especial ao representante do sujeito idôneo. Desse modo, a representação do sujeito idôneo no cumprimento de seus deveres permite, sem maiores problemas, imputar ao representante o elemento da autoria de que originariamente e na realidade carece³². Razão última de tal imputação seria, de acordo com Blauth, um dever secundário que incumbe pessoalmente o representante do exato cumprimento das obrigações do representado e cujas fontes, nas diversas categorias de representação em apreço, seriam a lei e os estatutos sociais - para representantes legais e órgãos - e o contrato de representação para os representantes voluntários³³.

A teoria da representação para o cumprimento de deveres relativos a outrem não pode alicerçar dogmaticamente uma responsabilidade penal de quem atua em lugar do sujeito qualificado porque, dadas suas raízes eminentemente civilísticas e seu caráter excessivamente normativo, não pode ter em conta importantes e decisivos dados ontológicos vinculados à pessoa do representante. Esta última, definitivamente, é a que deve ser penalmente responsabilizada e, de conseqüência, é a quem deve-se justificar o motivo por que lhe é imputado um tipo penal do qual, originariamente, está excluído como autor. Dentro das fileiras da doutrina dominante já se fazem afirmações que contestam a correção da própria teoria. Blauth pondera, com razão, que "existe uma diferença fundamental entre estar o indivíduo obrigado por sua própria pessoa e estar obrigado por outro a cumprir o dever deste, quer dizer: produzir um resultado como se tivesse sido praticado pelo obrigado principal"³⁴. Não é o mesmo, pois, cumprir deveres próprios e executar deveres de outro. É certo que o descumprimento de um dever que incumbe a outro acarretará materialmente a mesma lesão jurídica que resultaria do descumprimento do dever pelo próprio obrigado principal. Mas isso, por si só,

³¹ Conforme Lenckner (Schönke/Schröder, 24ª ed., 1991, § 14 núm.2), a modificação introduzida no § 14 StGB pela 2.WiKG consistente em substituir a expressão "cumprir deveres sob sua própria responsabilidade" por "desempenhar funções sob sua própria responsabilidade" não mudou o fundamento da imputação, pois o desenvolvimento de funções implica a assunção de deveres e vice-versa. No mesmo sentido, para o § 9 OWiG, Cramer, *KK-OWiG*, 1989, § 9, núm. 3.

³² Vide Gallas, *ZStW*, 1968, p.22; Blauth, *Handeln für einen anderen nach geltendem und kommandem Strafrecht*, Carl Winter, Universitätsverlag, Heidelberg, 1968, p.79; Roxin, *LK*, 10ª ed., § 14 núms.9 e 22; Lenckner, Schönke/Schröder, 24ª ed., 1991, § 14 núms. 1, 2 e 4; Samson, *SK*, § 14 núm. 9; Jescheck, *AT*, 4ª ed., 1988, pp.207 s.; Jakobs, *AT*, 2ª ed., 1991, pp.599 s. núm.11; Cramer, *KK-OWiG*, 1989, § 9 núm.2; Rebmann/Roth/Hermann, *GÜOWiG*, 2 ed., § 9, núm.2.

³³ Vide Blauth (*Handeln*, n.31), pp.81 ss.

³⁴ Vide Blauth (*Handeln*, n.31), p.81 (grifo meu).

não pode legitimar a ampliação da autoria do delito ao representante. Visto que os estranhos também podem lesionar o bem jurídico protegido pelo delito especial, a limitação da autoria - e com ela a tipicidade penal do fato - a determinadas categorias de sujeitos é justificada pelo caráter fragmentário do Direito Penal; o legislador levou em conta que somente a lesão do bem jurídico efetivada por uma categoria de sujeitos é particularmente grave e insuportável e, dessa forma, merecedora e necessitada de pena. Logo, não é menos evidente que a lesão de um bem jurídico mediante o descumprimento dos deveres concernentes a outro tenha o mesmo significado e seja igualmente insuportável - e, por conseguinte, merecedora e necessitada de pena - que a realizada através do descumprimento de deveres próprios³⁵. Por outro lado, se nos delitos consistentes na infração de um dever³⁶ “o fundamento da sanção se estriba no fato de alguém infringir as exigências de conduta do papel social que desempenha”³⁷, fica difícil admitir que a teoria da representação possa fundamentar uma extensão da autoria dos delitos especiais aos representantes do sujeito idôneo, pois o papel social deste último é, sem dúvida, diferente do de seu representante³⁸ e por isso também é muito provável que as condutas exigidas de um e de outro sejam distintas. É incontroverso que não é a mesma situação atuar como empresário e como “representante de um empresário”. De conseqüência, acredito que se a tutela do bem jurídico é necessária face ao representante do sujeito idôneo, isso resulta de causas diversas da existência de um vínculo representativo entre ambos. Do prisma da representação, o que surge em primeiro plano é a responsabilidade do representante frente ao representado pelo descumprimento de seu dever de representante; que daí surja, além disso, um dever frente a terceiros, em que medida e com que alcance é precisamente o objeto da discussão. Em resumo, a teoria da representação no cumprimento de deveres de outro sancionados com pena não pode, pelas razões expostas, justificar nem fundamentar uma extensão da autoria do delito especial ao representante. Dessa teoria, ademais, derivam determinadas conseqüências que, a meu ver, dificultam gravemente a consecução do fim político-criminal da disposição de atuação em lugar de outrem, como passo a demonstrar.

³⁵ Para mais detalhes, cfr. Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.319 ss. e 322 ss.; vide do mesmo modo Marxen, *JZ*, 1988, pp.289 s.

³⁶ A teoria dos delitos consistentes na infração de um dever, formulada por Roxin (vide *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1990, pp.352 ss. e 651 ss.), é a premissa de que parte a teoria da representação, vide, sobretudo, Blauth, *Handeln* (n.31), pp.76 ss e 123 ss.

³⁷ Assim Roxin, *Política criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. e introdução de F. Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, p.43.

³⁸ Assim Bruns, *Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?*, Breslau, reprint, Keip/Yushodo, Frankfurt am. M/Tokyo, 1977, pp.7 s.: “o representante legal da pessoa jurídica não assume a mesma posição jurídica da pessoa jurídica. Pode ser caracterizada como *alter ego*, como *duplex persona* do representado; todavia, sempre permanece como sujeito de direito independente e distinto da pessoa jurídica a que apenas representa. Os atributos, patrimônio, direitos e deveres desta nunca são seus”.

2. As lacunas de punibilidade da teoria da representação

A problemática de que nos ocupamos é suscitada fundamentalmente em relação aos delitos especiais. Tomada como referência essa categoria de delitos, pode ter sentido um exame da hipótese fática da atuação em lugar de outrem a partir do modelo da separação dos elementos do tipo legal, pois a característica especial da autoria existe independentemente de quem pratique ou não a ação típica. Aquele que é empresário permanece nessa posição ainda que não pratique o fato típico e tal atributo é objetivamente verificado em sua pessoa antes e durante a execução do fato por seu representante. Por isso, aqui faz sentido a fórmula incorporada aos preceitos positivos de atuação em lugar de outrem (art. 15 bis CP, § 14, StGB, § 9 OWiG) segundo a qual os elementos que faltam no representante quando da prática da ação típica se fazem presentes no representado. O mesmo não acontece, porém, em relação a alguns delitos que se caracterizam por depender a tipicidade do fato da prática da ação pelo autor com uma tendência subjetiva (anímica) egoísta³⁹. Trata-se de delitos nos quais somente é típica a ação se o autor atua para seu próprio proveito ou interesse, enquanto que uma atuação em proveito ou interesse de outrem é atípica. Em nosso Código Penal são delitos dessa categoria o de exercício arbitrário do próprio direito insculpido no art. 337, cujo tipo subjetivo exige a tendência subjetiva de “pagar-se”⁴⁰, a receptação prevista no art. 546 bis a), pois a ação típica é praticada apenas por quem “aufere proveito próprio”⁴¹. É evidente que a teoria da transferência de elementos através da representação tem que excluir do âmbito da atuação em lugar de outrem essa categoria de delitos⁴². A razão é óbvia: os elementos psíquicos e anímicos da autoria, a cuja classe pertence a tendência subjetiva egoísta, não podem preexistir à prática da ação típica porque se perfazem unicamente com sua concretização; são

³⁹ Sobre os delitos caracterizados por tendências subjetivas egoístas, em geral, vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.137 ss. 418 ss.

⁴⁰ Vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.153 ss. e Bajo Fernández, *PE II*, 1987, p.407 núm.68.

⁴¹ Cf. Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.150 ss.

⁴² Opinião quase unânime de *lege lata*, vide, por exemplo, Blauth *Handeln* (n.31), pp.58 e 103; Gallas, *ZStW*, 1968, p.22; Schmitt, *JZ*, 1968, pp.124 ss.; Wiesener, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1971, pp.85 s.; Schünemann, *Unternehmenskriminalität* (n.9), pp.140 s.; idem, *ZSchR*, 1978, pp.155 ss.; idem, *JURA*, 1980, pp.575 s. e 581 s.; Herzberg, *ZStW*, 1976, p.110; Langer, *Lange-Festschrift*, 1976, pp.254 ss.; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, I, AT, Hamburg, 1976, p.203; Roxin, *LK*, 10ª ed., § 14 núm. 20; Lenckner, Schönke/Schröder, 24ª ed., 1991, § 14 núm. 8; Samson, *SK*, § 14 núm.10; Jakobs, *AT*, 2ª ed., 1991, p.602 núm. 15; Cramer, *KK-OWiG*, 1991, § 9 núms. 13 e 17; Rebmann/Roth/Hermann, *GüOWiG*, 2ª ed., § 9 núm. 9; na doutrina espanhola, em geral, Gracia Martín *El actuar I* (n.6), pp.156 ss. e em relação à fórmula do art. 15 bis Cp, Gracia Martín, *El actuar II* (n.19), pp.125 ss.; Bacigalupo, *Comentarios* (n.27), p.330; Octavio de Toledo, *ADPCP*, 1984, p.64; Bajo Fernández, *PE II*, 1987, p.407 núm. 68. Uma opinião isolada na doutrina alemã é a de Bruns, que entende que os problemas de atuação em lugar de outrem emergentes no âmbito dos delitos delimitados por tendências subjetivas egoístas possam ser solucionados de *lege lata* dentro do § 14 StGB, vide Bruns, *GA*, 1982, p.30.

simultâneos à execução do fato⁴³ e somente pode exteriorizá-los o agente; caso o representado não atue, o elemento subjetivo consistente na tendência egoísta nele não se verifica, o que é óbvio em sendo este uma pessoa jurídica⁴⁴. Em resumo: os delitos marcados por uma tendência subjetiva egoísta não podem ser abarcados pelo art. 15 bis porque a condição exigida pela fórmula da representação não se satisfaz: o elemento típico subjetivo inexistente no representante - visto que age em proveito de outrem - nem a ele pode ser transmitido (imputado) porque tampouco o possui o representado.

A fórmula da representação sucumbe também frente a importantes casos de atuação para uma empresa concernentes aos delitos especiais. Cuida-se de hipóteses onde não se cumpre a exigência de que o elemento da autoria que falta no representante ocorra precisamente na pessoa jurídica representada ou, visto de outro modo, de casos nos quais entre quem praticou o fato e a pessoa jurídica formalmente possuidora do elemento da autoria não existe vínculo representativo algum⁴⁵. A consequência disso, para a teoria dominante, será a de não se poder imputar (transmitir) ao agente o elemento da autoria que pessoalmente lhe falta e de produzir-se a respectiva lacuna de punibilidade. Os casos nos quais pode ocorrer o que acabo de demonstrar não são excepcionais mas abundantes e, em algumas hipóteses, sua importância qualitativa é muito elevada. Quando o órgão da pessoa jurídica - ou um membro individual desse órgão - é outra pessoa jurídica o vínculo representativo ou orgânico se estabelece entre ambas as pessoas jurídicas. Naturalmente, a pessoa jurídica representante exercerá suas funções de órgão da representada através de seus próprios órgãos e representantes. Se estes praticam um fato em nome da pessoa jurídica representada pela outra pessoa jurídica ninguém poderá ser punido nem mesmo com base na disposição legal da atuação em lugar de outrem. As pessoas físicas que praticaram o fato carecem do elemento da autoria do delito especial, mas como atuam em nome de uma pessoa jurídica - a representante - que também carece de tal elemento típico, não se preenchem os requisitos típicos da imputação⁴⁶. Como expus noutra oportunidade, a teoria da representação apenas poderia resolver esta lacuna de punibilidade mediante a previsão de uma disposição de responsabilidade do "representante do representante" - ou, no meu vocabulário, de "atuação em lugar do que atua em

⁴³ Vide, nesse sentido, Blauth (*Handeln*, n.31), pp.58 e 103; Samson, *SK*, § 14 núm. 10; Herzberg, *ZStW*, 1976, p.110; Schönemann, *JURA*, 1980, p.581; Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.157 s.

⁴⁴ Vide, sobretudo, Samson, *SK*, § 14 núm. 10.

⁴⁵ Em geral, vide a respeito Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.119 ss.

⁴⁶ Uma hipótese como a examinada tem lugar no nosso Direito societário, que prevê a possibilidade de uma pessoa jurídica ser "administradora" de uma sociedade anônima (art. 125 TRLSA e art. 143 RRM). Em relação à representação de uma pessoa jurídica por outra, assinala Díez Picazo (*La representación en el Derecho privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1979, pp.78 s.) que "a representação conferida a uma pessoa jurídica (não) seria sempre uma representação dos representantes da pessoa jurídica" (diz respeito aos da pessoa jurídica representante) pois "na representação concedida à pessoa jurídica como tal a responsabilidade pela gestão recairá sobre o patrimônio desta".

lugar de outro”; disposição que também deixaria lacunas porque o representante do representante pode por sua vez fazer-se representar por outro, e assim sucessivamente⁴⁷.

A peculiaridade da separação entre ação e responsabilidade que tem lugar na empresa moderna em consequência da divisão de funções e da atuação de acordo com um princípio de hierarquia faz com que, em muitas ocasiões, o órgão que atua e pratica um fato objetivamente relevante para o Direito Penal não seja, todavia, responsabilizado⁴⁸, pois atua em situação de erro provocado por seus superiores ou em situação de inexigibilidade. Nesses casos poderá construir-se, relativamente ao superior, uma hipótese de autoria mediata ou de responsabilidade por um delito impróprio de omissão⁴⁹. Na medida em que o fato punível seja especial e o superior responsável careça pessoalmente do elemento da autoria será também necessária aqui uma disposição de atuação em lugar de outrem para poder fundamentar sua autoria. Se tudo transcorre nos quadros de uma empresa individual que atua isoladamente, essas regras poderão ser aplicadas sem maiores dificuldades. Todavia, acontece que aquela separação entre ação e responsabilidade transcende em muitos casos o âmbito de uma empresa individual para inscrever-se em um quadro muito mais amplo. Assim ocorre nos casos de atuação para um grupo de empresas ou de uma empresa econômica juridicamente atomizada em uma pluralidade de sociedades individuais e com personalidade jurídica independente. A teoria da representação tem que suportar aqui um novo fracasso na luta contra a criminalidade de empresa. Nesses casos de grupos de empresas “uma série de competências necessárias para decidir sobre os setores ou âmbitos de atividade de uma empresa ...foram transferidos para a sociedade dominante do grupo, ou, conforme o caso, - o que é mais comum - ao órgão sem personalidade jurídica que assume as tarefas de direção e gestão do grupo”⁵⁰. Ademais, como observa Embid Irujo, nessas circunstâncias “a sociedade dominante ou o órgão sem personalidade jurídica que dirige o grupo compartilham instruções vinculantes...dos órgãos de administração das sociedades dependentes”⁵¹. A partir dessa situação, se de acordo com as regras vigentes em matéria de autoria o autor (direto, mediato ou co-autor) do fato é um diretor do grupo - que carece de personalidade jurídica - e a qualidade da autoria se apresenta em uma das pessoas jurídicas individuais integrantes do grupo, aquele não poderá ser punido com base na disposição do art. 15 bis CP, pois entre ele e a pessoa jurídica qualificada não

⁴⁷ Vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), p.129.

⁴⁸ Vide Schönemann, *wistra*, 1982, pp.42 s.

⁴⁹ Vide Schönemann, *Unternehmenskriminalität* (n.9), pp.95 ss. e *wistra*, 1982, pp.42 ss.; Botke, *wistra*, 1991, pp.85 ss.

⁵⁰ Assim Embid Irujo, *Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica*, separata do nº 9 da Revista do Ilustre Colégio de Advogados do Senhorio de Vizcaya, 1983, p.17; vide, além disso, Uría, *Derecho Mercantil*, 18ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1991, pp.514 ss. e 515.

⁵¹ Vide Embid Irujo, *Algunas reflexiones* (n.49), p.20.

existe nenhum vínculo representativo ou orgânico e, por conseguinte, a partir do desdobramento da teoria da representação, não será possível a imputação do elemento da autoria⁵².

Dessa forma o art. 15 bis CP, assim como o § 14 StGB e o § 9 OWiG, com base na teoria da representação, exige como requisito da ampliação da autoria dos delitos especiais ao diretor, ao órgão e ao representante da pessoa jurídica que estes atuem “como” tais, quer dizer, que não o façam “em nome da pessoa jurídica” qualificada. Dessa exigência se deduz, de acordo com grande parte da doutrina alemã, que a disposição da atuação em lugar de outrem poderá ser aplicada somente se o representante ou o órgão atuarem no interesse do representado, e não se praticarem o fato exclusivamente no seu próprio interesse e unicamente “por ocasião” do exercício de seu cargo⁵³. Com isso se ignora que o interesse que move o representante é algo relevante apenas para a relação interna e intersubjetiva do mandato, enquanto que para o Direito Penal importa a relação (externa) estabelecida entre o representante e os bens jurídicos protegidos e o afastamento da lesão destes com total independência, salvo casos excepcionais⁵⁴, concernentes ao interesse próprio ou altruísta que governe a ação. A exigência de um atuar no interesse do representado não se justifica quando o tipo da Parte Especial não requer que o autor qualificado atue em proveito de si mesmo⁵⁵ e, desse modo, não deve ser elemento fundante da atuação em lugar de outrem⁵⁶.

Como já examinado, a jurisprudência espanhola anterior à introdução do art. 15 bis em nosso Código Penal entendeu que pelos delitos praticados a partir de uma atuação para uma empresa constituída como pessoa jurídica eram responsáveis as pessoas físicas que realizassem funções de direção, gestão e administração da sociedade. Nosso Tribunal Supremo nunca formalizou este critério a nível civil, mas lhe conferiu uma orientação material segundo a qual o decisivo não deveria ser

⁵² Sobre as lacunas de punibilidade que deixa a teoria da representação nesses casos, vide amplamente Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.121 ss. e 235.; idem, *El actuar II* (n.19), pp.162 ss.; para casos do Direito alemão, vide Tiedemann, *Kartellrechtsverstösse und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1976, pp.187 s.; idem, *NJW*, 1979, p.1850; idem, *NJW*, 1986, pp.1845 s. Sobre a incerteza acerca da possibilidade de comunicação de responsabilidades entre as sociedades unidas no âmbito civil e mercantil, vide Uría, *Derecho Mercantil* (n.49), pp.514.

⁵³ Assim, de um modo geral, Bruns, *Können die Organe* (n.37), pp.5 ss.; idem, *DJ*, 1934, pp.1589 ss.; idem, *JZ*, 1958, pp.463.; Blauth, *Handeln* (n.31), p.140; Roxin, *LK*, 10ª ed., § 14 núm. 30; Göhler, *OWiG*, 9ª ed., 1990, § 9 núm.15 a; Rebmann/Roth/Hermann, *GÜOWiG*, 2ª ed., § 9 núm.28; não muito claro Cramer, *KK-OWiG*, 1991, § 9 núm.33.

⁵⁴ Quer dizer: nos casos em que as razões político-criminais recomendem uma restrição do tipo ao atuar com ânimo egoísta; vide, a respeito, Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.416 ss.

⁵⁵ Assim, incisivamente, Wiesener, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit* (n.41); Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.192 s.

⁵⁶ Nesse sentido, vide Schünemann, *Unternehmenskriminalität* (n.9), pp.152 ss. e 228 s.; idem, *wistra*, 1982, p.47; inclinam-se agora por essa tese Bruns, *GA*, 1982, pp.26 ss.; Labsch, *wistra*, 1985, pp.4 ss. e 59 ss.; Winkelbauer, *wistra*, 1986, pp.19 s.; Tiedemann, *NJW*, 1986, pp.1844 s.; Jakobs, *AT*, 2ª ed., 1991, p.601 núm.13; Lenckner, Schönke/Schröder, 24ª ed, 1991, § 14 núm.26; Bottke, *wistra*, 1991, p.84; na doutrina espanhola Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.191 ss.

o status de direção (formal) e sim o exercício efetivo de funções diretivas. Por essa razão, nossa jurisprudência não opôs qualquer objeção em considerar que entre os sujeitos responsáveis poderiam ser incluídos os órgãos e representantes de fato. “A obrigação” - afirma a STS de 2 de junho de 1973 (J.C. núm. 813) - “não precisa ser formalmente lavrada para adquirir relevância penal, podendo ser simplesmente de fato”. Porém, como já foi dito, na época em que era prolatada tal sentença nosso Tribunal Supremo operava à margem da lei no concernente ao problema da atuação em lugar de outrem. O art. 15 bis CP limita o círculo de sujeitos responsáveis através do emprego dos conceitos de diretor, órgão e representante, legal ou voluntário, da pessoa jurídica qualificada. Uma interpretação estrita do preceito conforme a teoria da representação leva à conclusão da impossibilidade de sua aplicação ao órgão ou representante fáticos⁵⁷. Nosso art. 15 bis carece da cláusula de irrelevância penal da ineficácia do apoderamento presente nos §§ 14 StGB, 9 OWiG e art. 12 do Código Penal português. De qualquer maneira, o problema do órgão de fato não desaparece em virtude de tais cláusulas, já que estas se referem apenas às hipóteses em que o ato de apoderamento, que deve existir materialmente⁵⁸, seja somente juridicamente inválido e, conseqüentemente, não possa abarcar, a princípio, a totalidade dos casos de órgão de fato⁵⁹. A jurisprudência e um importante setor da doutrina alemãs recorreram a um método de interpretação fática dos conceitos de órgão e representante para permitir a inclusão no § 14 StGB e no § 9 OWiG de um maior número de casos de órgão fático⁶⁰. Na doutrina espanhola apenas eu me pronunciei a favor da inclusão do órgão de fato no elenco dos sujeitos responsáveis do art. 15 bis, mas com fundamento diverso da teoria da representação e baseado em critérios materiais⁶¹. Em todo caso, o importante é destacar que a teoria da representação revela-se totalmente inadequada para estabelecer o elenco de sujeitos aos quais deve ser estendida a autoria dos delitos especiais mediante uma cláusula de atuação em lugar de outrem. A teoria da representação repete na cláusula de atuação em lugar de outrem a falha que está no ponto de partida. A razão pela qual esta disposição é necessária reside no fato de que os sujeitos que carecem do elemento formal da autoria do delito, nos termos traçados pelo legislador, participam materialmente com o bem jurídico na mesma relação que o sujeito idôneo. O método da interpretação fática pode fundamentar, sem dúvida, uma ampliação da autoria com base em uma interpretação material dos elementos da autoria e demonstra com exatidão que o injusto típico pode ser realizado por sujeitos diferentes do previsto

⁵⁷ Assim, Bacigalupo, *Comentarios (n.27)*, pp.328 s.

⁵⁸ Marxen, *JZ*, 1988, p.287, exige também que o ato de apoderamento ou de encargo exista sob alguma forma elementar.

⁵⁹ Vide, nesse sentido, Lenckner, Schönke/Schröder, 24ª ed., 1991, § 14 núms. 44 s.

⁶⁰ Vide, recentemente, Fuhrmann, *Tröndle-Festschrift*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1989, pp.139 ss.; vigorosamente contrário Marxen, *JZ*, 1988, pp.287 ss.

⁶¹ Vide Gracia Martín, *El actuar II (n.19)*, pp.230 ss. e *Responsabilidad (n.19)*, p.39.

pelo tipo através da descrição de seu status pessoal. O que o método fático não pode alcançar é uma subsunção direta do representante no elemento formal da autoria⁶². Incluir no tipo que exige o atributo de devedor um devedor de fato - por exemplo, o representante do devedor - é analogia. Por esse motivo, se a cláusula de atuação em lugar de outrem, que fornece suporte legal ao método fático⁶³ acerca dos elementos da autoria descritos no tipo da Parte Especial, estende a autoria a outros sujeitos com a mesma técnica de descrição do status - órgão, representante legal, voluntário, etc. - então volta a gerar o problema inicial da carência de status formal de órgão ou representante pelos titulares do bem jurídico. Isso é o que efetivamente ocorre com o órgão e com o representante de fato. Somente a finalidade político-criminal de preenchimento de lacunas de punibilidade, como defende a doutrina dominante⁶⁴, permite, a meu ver, considerar que a inclusão do órgão de fato na disposição de atuação em lugar de outrem é interpretação extensiva e não analogia proibida⁶⁵.

3. A teoria do “domínio social” como fundamento material da responsabilidade do que atua em lugar de outrem e critério para a reforma penal

O Projeto de Código Penal espanhol de 1992 (art. 29), a exemplo dos textos de reforma precedentes (art. 35 PLOCP 1980 e art. 31 PANCP) segue a mesma diretriz do Direito vigente e incorpora a fórmula da representação. Limita-se tão-somente a ampliar a responsabilidade aos casos, não contemplados pelo art. 15 bis CP, em que o sujeito qualificado é uma pessoa física. Os problemas e as lacunas que esta fórmula suscita persistirão em nosso Direito futuro. Até agora a doutrina crítica da fórmula dominante preocupou-se fundamentalmente em descobrir as lacunas de punibilidade das disposições vigentes, a propor uma mudança de orientação do tratamento legal e, na medida do possível, a corrigir o Direito vigente com base em critérios materiais⁶⁶. Uma superação das lacunas de punibilidade que emergem no Direito vigente somente será obtida através de uma fundamentação material, com apoio em critérios jurídico-penais autônomos, da responsabilidade daquele que atua em lugar de outrem, como continuo a expor.

A condição que torna possível uma atuação em lugar de outrem é a separação pessoal entre a titularidade jurídico-formal de um determinado status e o exercício material das funções e competências que são próprias daquele⁶⁷. A

⁶² Cf. Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.219 ss.; vide, também, Wiesener, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit* (n.41): pp.128 ss. e passim.

⁶³ Cf. nesse sentido, Tiedemann, *NJW*, 1977, p.779 e *NJW*, 1979, pp.1850 s.

⁶⁴ Vide, por exemplo, Bruns, *GA*, 1982, pp.2, 19, 36 e Schünemann, *Unternehmenskriminalität* (n.9), pp.140 ss.; crítico desta concepção Marxen, *JZ*, 1988, p.286.

⁶⁵ Sobre a diferença, vide, em geral, Cerezo Mir, *PG I*, 3ª ed., pp.171 s.

⁶⁶ Cf. para o Direito espanhol, Gracia Martín, *El actuar II* (n.19), pp.161 ss. e 203 ss.

⁶⁷ Vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.169 ss., 195 ss. e 237.

primeira é atribuída e concentrada em um determinado sujeito de direito, mas as funções e competências inerentes ao status jurídico formal são realizadas por outros. Esses últimos substituem ou sucedem àquele e, por isso, pode-se dizer que atuam "em seu lugar"^{68 69}. Por sua vez, o que atua em lugar de outrem possui também seu próprio e diferenciado status pessoal, do qual derivam funções e competências que podem ser materialmente exercidas por outros sujeitos diferentes. De forma que é possível, e de fato assim acontece em muitas circunstâncias, que o sujeito que realize materialmente uma atividade o faça, a seu turno, no lugar de outro que tampouco é o titular do status formal originariamente gerador da competência ou da função que exerce porque o substituído também atua em lugar de outrem. Poder-se-ia falar aqui de uma atuação em lugar de outrem do que já atua em lugar de outrem ou, se empregarmos uma terminologia formal, do representante do representante, que por sua vez poderá também fazer-se representar por outro. E assim sucessivamente⁷⁰. Salvo raras exceções, como seria o caso do pequeno empresário individual, a atividade de uma empresa é habitualmente desenvolvida na forma de uma atuação em lugar de outrem. A empresa econômica aparece sempre constituída - muitas vezes por imperativo legal - sob alguma das formas jurídicas societárias que atribuem personalidade jurídica, quer dizer, capacidade para ser sujeito de direitos e de obrigações. É inquestionável que para alguns setores da imputação jurídica - como o jurídico-tributário, trabalhista, civil, etc. - a pessoa jurídica surge por si mesma como sujeito primário da imputação. Entretanto, visto que aquela não pode expressar nem executar sua vontade senão através de seus órgãos e representantes e que a subjetividade desses não se identifica com a da pessoa jurídica, tem-se que a ação daqueles é sempre realizada com base em uma atuação em lugar de outrem ajustada ao esquema anteriormente exposto. A titularidade jurídico-formal da atividade pertence somente à pessoa jurídica, mas o exercício material da mesma é efetuado apenas pelas pessoas físicas que atuam em prol da jurídica e que não ostentam tal titularidade.

Uma disposição legal de atuação em lugar de outrem deve ter a natureza jurídico-penal de uma disposição de extensão da autoria nos delitos especiais e de ampliação do tipo subjetivo nos delitos marcados por tendências subjetivas egoístas, e sua finalidade político-criminal primordial é a de colmatar lacunas de punibilidade e proporcionar respaldo constitucional à aplicação do Direito Penal.

⁶⁸ Vide Wiesener, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit* (n.41) pp.27 s. e 166-168, que segue Wolff, H. J., *Organschaft -und juristische Person. Untersuchungen zur Rechtstheorie und zum öffentlichen Recht, II, Theorie der Vertretung*, Berlin, 1934, pp.2; vide, ainda, Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.194 ss.

⁶⁹ Terminologicamente parece-me mais correto falar de "atuar em lugar de outrem" em vez de, como faz a doutrina dominante, "atuar no nome, representação ou interesse de outrem", pois na minha opinião, como veremos, o tipo da responsabilidade pela atuação em lugar de outrem não deve exigir, de *lege ferenda*, que o autor pratique o fato em nome, representação ou interesse de outrem; vide, extensamente, Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.165 ss.; 182 ss. e 194 ss.

⁷⁰ Sobre essas questões vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.119 ss. e 125 ss.

Não acredito, ao contrário do que pensa Marxen, que a disposição tenha uma estrutura ou um fundamento analógicos⁷¹. Apenas metaforicamente poderia se falar em analogia. Em muitos tipos especiais da Parte Especial o legislador configurou de modo expresso e direto uma autoria alternativa descrevendo como possíveis autores idôneos do fato diferentes categorias de agentes e, todavia, ninguém imaginou que somente uma delas constituísse a autoria idônea e as demais o fossem por analogia. Assim, o art. 445 do nosso Código Penal menciona como autores do fato - uma hipótese de cumplicidade tipificada de modo autônomo - indistintamente os “ascendentes, tutores, mestres ou quaisquer pessoas que, com abuso de autoridade ou encargo, auxiliem a perpetrar os delitos compreendidos neste título”⁷². Nesse e em vários outros casos que poderiam ser citados⁷³, não cabe interpretar, a meu ver, que o autor idôneo do fato seja unicamente o “ascendente” e que os demais sujeitos expressamente mencionados no preceito o sejam somente por analogia. O legislador descreve nesses casos como autores idôneos do fato especial sujeitos que em posições ou status diferentes estão, todavia, em idêntica relação material com o bem jurídico. Certamente que com a menção entre os autores de “quaisquer pessoas que abusem da autoridade ou encargo”, emprega-se um critério material com o qual se evitam as lacunas de punibilidade resultantes de uma enumeração taxativa do círculo de autores mediante a fórmula do status ou da posição. Desse modo, pois, qualquer pessoa que entre na relação material com o bem jurídico prevista pelo tipo será - e não exatamente por analogia⁷⁴ - autor idôneo do delito. O sentido da questão não se alteraria caso o legislador tivesse optado tecnicamente por fazer menção expressa no tipo da Parte Especial somente aos ascendentes e remeter o restante dos sujeitos capazes de se posicionar com respeito ao bem jurídico *em igual relação material* à uma cláusula de atuação em lugar de outrem localizada na Parte Geral. Inversamente, a disposição geral de atuação em lugar de outrem poderia também atomizar-se tecnicamente na Parte Especial, de modo que o legislador, em cada tipo, fizesse menção a uma ou a várias categorias de sujeitos: por ex. o empresário, seu representante, seu administrador e, na seqüência, acrescentasse a fórmula “quaisquer pessoas que abusem do domínio referente a um empresário”⁷⁵. Tampouco nesses casos, assim como nos efetivamente existentes no Código, em virtude do anteriormente afirmado, caberia atribuir à inclusão de uma pluralidade de sujeitos que ostentem diferente status uma fundamentação analógica. Cuida-se apenas de uma descrição exaustiva de “todos”

⁷¹ Vide Marxen, como n.77.

⁷² Trata-se dos delitos contra a liberdade sexual.

⁷³ Cf. Gracia Martín, *El actuar II* (n.19), pp.74 s.

⁷⁴ Como assinala Rodríguez Devesa (*PG*, 14ª ed., 1991, p.257) não há analogia “naquelas hipóteses em que a lei, após uma enumeração *ad exemplum*, emprega a fórmula ‘e outros semelhantes’ ou outra parecida”; vide, no mesmo sentido, Cerezo Mir, *PG I*, 3ª ed., 1985, p.173.

⁷⁵ Em nossa doutrina, revelou-se partidário do tratamento da atuação em lugar de outrem através da técnica de disposições específicas na Parte Especial em relação com cada delito ou grupo de delitos especiais Muñoz Conde, *CPC*, núm.3, 1977, pp.172 ss.

os sujeitos que, como possíveis autores, colocam-se frente ao bem jurídico *na mesma e idêntica* relação material. O tratamento da disposição de atuação em lugar de outrem pela Parte Geral obedece a razões de técnica legislativa e de Política Criminal⁷⁶, como acontece com numerosos dispositivos aí insertos.

Entende Marxen que pela disposição de responsabilidade do representante o tipo a ser aplicado não é mais o originário, mas um tipo distinto, um tipo modificado ou associado àquele, no qual o elemento da autoria do tipo originário transformou-se no elemento “ser representante”⁷⁷. Isso pode ser correto, a meu ver, se se parte de uma compreensão formal dos elementos da autoria, pois é evidente que se a qualidade de empresário é um elemento embasador da tipicidade, o que se aplica ao “representante do empresário” tem que ser forçosamente um tipo distinto, ainda que a diferença seja muito sutil. Entendo que não se pode afirmar o mesmo, todavia, se se atém ao fundamento material dos elementos da autoria, no sentido que antecipei, a partir de uma consideração decisiva e em primeiro plano da relação material do sujeito com o bem jurídico⁷⁸. Com essa última assertiva, cuja validade passo a demonstrar, surge a dúvida acerca do fundamento dogmático e do alcance da disposição de atuação em lugar de outrem.

Uma teoria que tenha como ponto de partida uma contemplação limitada à roupagem formal dos elementos da autoria e que nela permaneça ou que, mesmo considerando o conteúdo material de tais elementos, pretenda fundamentar a responsabilidade do representante na imputação ou transmissão da especialidade de autor somente pode acabar na criação para aquele de um tipo de injusto, no sentido de Marxen, diferente e meramente associado ao tipo originário. A tese da imputação ou da transmissão apenas pode desembocar na criação de uma “qualidade fictícia de autor” em quem efetivamente não a possui. A reprovação da culpabilidade, quando procedente, ou mesmo a mera instrução do processo contra o representante não pode explicar satisfatoriamente o motivo de sua responsabilidade ou de sua sujeição a um processo. Caso se convença de que sua responsabilidade é estritamente pessoal, sentir-se-á então logrado se, de conseqüência, afirma-se que no seu caso ele é responsável porque certas características que ele pessoalmente não possui lhe são transferidas de outro e, além disso, que essa transferência se opera em virtude do vínculo representativo que os une. O mecanismo da representação atua ao revés, quer dizer, proporcional à imputação dos efeitos da ação do representante ao representado. Isso não é fácil de compreender, muito menos se o que é transferido é nada menos que uma responsabilidade penal⁷⁹. Em

⁷⁶ Vide, nesse sentido, Bruns, *Können die Organe* (n.37), pp.86 ss.; idem, *DJ*, 1934, p.1592; idem, *JZ*, 1954, p.16; idem, *JZ*, 1958, p.462; Blauth *Handeln* (n.31), pp.158 ss.; Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.258 ss.

⁷⁷ Vide Marxen, *JZ*, 1988, pp.287 s.

⁷⁸ Cf. Gracia Martín, *Responsabilidad* (n.19), pp.24 s.

⁷⁹ Dentro dessas coordenadas está plenamente justificada, sem dúvida, a objeção de Marxen à disposição de responsabilidade do representante, no sentido de que a reprovação da culpabilidade

síntese: a teoria da representação, ao atribuir ao representante elementos que lhe são estranhos, lesiona a estrutura lógico-objetiva e, por conseguinte, uma disciplina da responsabilidade do representante que gire em torno da relação interna entre ele e o sujeito qualificado como instrumento de transferência e imputação é objetivamente errônea, inteiramente contraditória e incompleta⁸⁰.

Se a disposição de responsabilidade do representante obedece a uma questão de *tipicidade* e, além disso, em se admitindo que o tipo é expressão dos princípios de generalidade e igualdade⁸¹, acredito que uma integração legal do representante no elenco de autores idôneos de um delito especial somente pode ser justificada a partir da demonstração de que o significado de sua conduta é, do ponto de vista do conteúdo do tipo, *idêntico* ao da conduta do sujeito expressamente previsto pela lei⁸².

Naturalmente, tal identidade não pode basear-se em critérios - valorativos - de imputação, mas deverá resultar somente da estrutura lógico-objetiva. Daí se deduz que a fundamentação da responsabilidade do representante apenas considera elementos que estejam presentes realmente nele, ou seja, na sua pessoa⁸³. Essa é a orientação adotada por um setor minoritário da doutrina científica. Schönemann, por exemplo, entende que o fundamento da responsabilidade do representante reside na assunção pessoal de uma posição de garante⁸⁴. Bottke, recentemente,

no caso do órgão e do representante dificilmente alcança uma medida suficientemente elevada para fundamentar a imposição de uma pena privativa de liberdade, dado que essa "reprovação da culpabilidade somente se liga à lesão de uma posição de dever que é só *derivada*", vide Marxen, *JZ*, 1988, p.290; também a previsão de uma atenuação da pena para o representante aqui encontraria justificativa - por tratar-se em último caso de um não qualificado -; sobre esta possibilidade vide em nossa doutrina Bacigalupo, *Comentarios* (n.27), pp.322 s. Nesse caso as contradições da teoria da representação se agravam consideravelmente, já que aquilo que falta ao representante se eleva ao primeiro plano, em virtude da imputação, à categoria de *fundamento de sua punibilidade*, pois, logo em honra à realidade, se lhe atenua a pena com base no que serviu para fundamentá-la, ainda que ausente em sua pessoa.

⁸⁰ Vide Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht un zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp.283 ss.

⁸¹ Assim Gracia Martín, *Responsabilidad* (n.19), p.25.

⁸² Sem que se veja minimamente afetado o conteúdo de minha fundamentação da responsabilidade por uma atuação em lugar de outrem, a retifico no sentido de que o que antes considerei uma mera "equivalência" (cf. Gracia Martín, [*El actuar I*, n.6], pp.332 ss.) agora entendo ser "identidade".

⁸³ Vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), p.326. Assim já afirmava Nagler (*Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903, p.55): "as ações do representante legal não se esgotam, do ponto de vista jurídico, na produção de efeitos *na esfera jurídica do representado*", mas "desdobram-se em atividades que têm lugar dentro das esferas da vida alheia e própria"; por isso, continua Nagler, o ordenamento jurídico-penal não pode impor um dever de agir a esses sujeitos "enquanto órgãos da vida jurídica alheia" mas somente "a si próprios", quer dizer, "por eles e por si mesmos, e em razão disso, e porque nossa cultura jurídica não conhece uma representação criminal (os deveres de agir), são excluídos da esfera jurídica do representado para atingir *apenas o representante que atua*".

⁸⁴ Vide Schönemann, *Unternehmenskriminalität* (n.9), pp.137 ss. e 227.; *JURA*, 1980, p.577; *wistra*, 1982, pp.46 s. e *Jornadas* (n.9), pp.39 s.; também Jakobs, *AT*, 2ª ed., 1991, p.599 núm. 11 bb), que vislumbra na responsabilidade do representante a assunção de uma posição de garante.

pontifica que o fundamento da responsabilidade do representante se encontra no abuso da função de domínio (privativamente) adquirida e assumida⁸⁵.

Essas orientações, lamentavelmente ainda minoritárias e menosprezadas pelo legislador, são as únicas que, justamente por respeitarem a estrutura lógico-objetiva, podem conduzir corretamente a um tratamento coerente e eficaz das atuações em lugar de outrem. No lugar de situar o centro de gravidade na relação interna da representação, essas concepções localizam-no acertadamente na relação material (externa) travada entre o *representante* e o bem jurídico⁸⁶. Nada estranho é imputado ao representante. Sua responsabilidade resulta única e exclusivamente de fundamentos coincidentes material e pessoalmente nele mesmo (assunção pessoal da posição de garante, assunção de uma função de domínio).

De acordo com o exposto até aqui, acredito que a integração de outros sujeitos distintos do formalmente idôneo no elenco de autores dos tipos especiais somente se justifica a partir da demonstração de que a conduta daqueles - ao contrário da de outros *extranei* - é *materialmente idêntica* às dos sujeitos expressamente descritos no tipo especial. Ou, melhor dizendo, mediante a demonstração de que esses outros sujeitos realizam plenamente o tipo de injusto especial. Assim, não existe outra alternativa para descobrir o fundamento material da limitação da autoria nos delitos especiais a determinadas categorias de sujeitos e comprovar se *esse mesmo fundamento* ocorre quando o fato é praticado por um sujeito que não ocupa a posição formal descrita pelo legislador ao demarcar o círculo de autores do delito⁸⁷.

Uma detida análise do tipo dos delitos especiais permite extrair conclusões como as que se seguem. O bem jurídico protegido encontra-se com relação aos membros da comunidade social em uma posição diferente da ocupada pelos bens jurídicos dos tipos dos delitos comuns. Esses últimos bens jurídicos, como a vida, a integridade corporal ou a liberdade de ir e vir, desempenham sua função social em espaços ou estruturas sociais "abertas" a todos. Qualquer indivíduo que entre em contato com tais espaços adquire por isso apenas a capacidade e o poder de decidir sobre a situação do bem jurídico. O sujeito que não entra nesses espaços abertos, executando as tarefas de um cargo específico, impede que o bem jurídico seja envolvido no exercício da função específica que emana daquela atividade. Uma agressão ao bem jurídico é possível aqui de um modo absoluto por qualquer um que entre em uma relação fática com ele. As figuras delituosas que tutelam esses bens jurídicos, de conseqüência, não podem restringir sua tipicidade à prática da ação por uma ou outra categoria de sujeitos mas, como reflexo dessa situação de acessibilidade do bem jurídico a todos, têm que deixar também "aberta" a todos a

⁸⁵ Vide Bottke, *wistra*, 1991, pp.84 s.

⁸⁶ Vide Schünemann, *Unternehmenskriminalität* (n.9), pp.138 e 230.

⁸⁷ Assim Schünemann, *wistra*, 1982, p.46 e *Jornadas* (n.9), p.39; Bottke, *wistra*, 1991, pp.84 s.; Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.350 ss. e 426 ss.

autoria⁸⁸. Esses bens jurídicos, além disso, não cumprem funções sociais específicas e sujeitas a certa ordem normativa, mas apenas funções gerais e o uso de tais bens jurídicos não está submetido a estritas ordens normativas e sim, ao contrário, a uma ampla margem de liberdade. Outros bens jurídicos, em compensação, não estão destinados à realização de funções gerais, mas específicas e, em regra, estritamente normatizadas, de modo que as possibilidades de uso de tais bens jurídicos são sensivelmente restringidas. Esse bens jurídicos não se encontram no espaço social aberto a todos, pois somente desempenham sua concreta e específica função social dentro de determinadas, limitadas e, por isso, “fechadas” estruturas sociais. Essas estruturas sociais - por ex. a Administração da Justiça, o mercado de trabalho, ou a arrecadação tributária - nas quais estão certos bens jurídicos - a firme administração da justiça, os direitos coletivos dos trabalhadores ou as funções do tributo - são “fechadas” porque estão geralmente a serviço da realização de funções sociais muito específicas e, ao contrário do que acontecia anteriormente, os bens jurídicos integrados em tais estruturas são permanentemente envolvidos no exercício da função. De maneira que esse exercício está continuamente afetando o bem jurídico implicado na função. Se o exercício da função é efetuado de modo correto, o bem jurídico cumprirá a função social a que se destina. Um exercício incorreto da função, quer dizer, desviado dos fins a que serve, dará lugar à frustração do cumprimento do papel do bem jurídico frente às expectativas sociais e, com isso, à lesão ou perigo deste. Avançando mais nessa análise detecta-se que a competência para o exercício dessas funções específicas, no qual se acham envoltos determinados bens jurídicos, é atribuída somente a certas categorias de sujeitos, de modo que, em princípio, nem todo membro da comunidade social pode participar daquele exercício. Como a lesão especialmente relevante do bem jurídico apenas tem lugar mediante ações praticadas no curso do exercício da função, daí se conclui que a autoria dos delitos especiais fica limitada àqueles que têm competência para o exercício de função relevante para a proteção do bem jurídico⁸⁹. Isso não significa, a princípio, que aqueles que não tenham competência para o exercício da função referida pelo tipo não possam agredir e, por conseguinte, lesionar ou por em perigo o bem jurídico tutelado pelo delito especial⁹⁰. O que acontece é que as ações dos sujeitos incompetentes não expressam, exatamente em razão de sua incompetência, o exercício da função típica e não têm, por isso, o mesmo significado, do ponto de vista do injusto, das praticadas pelo sujeito competente no exercício de sua função. Tampouco os efeitos lesivos ou potencialmente perigosos ao bem jurídico derivados das ações de sujeitos incompetentes têm para o injusto a mesma proporção dos derivados das ações dos sujeitos competentes. E isso porque um dos

⁸⁸ Vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.350 ss.

⁸⁹ A respeito, vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.351 ss.

⁹⁰ Vide, com mais referências, *El actuar I* (n.6), pp.362 ss.

aspectos da função destes é exatamente o de controle de perigos para o bem jurídico que seu exercício implica. A conduta dos sujeitos incompetentes dirigida à lesão do bem jurídico deve transpor as barreiras de controle que os sujeitos competentes estabelecem ou devem estabelecer para chegar a produzir o resultado. O menor potencial lesivo das ações de sujeitos incompetentes, dessa forma, viola indiscutivelmente a medida de seu injusto e o conteúdo deste apresenta, sem dúvida, um significado bem diferente se comparado ao do sujeito competente.

Do exposto, entendo que o fundamento material dos elementos da autoria dos delitos especiais reside no exercício de uma função específica motivadora da constituição de uma estreita e peculiar relação entre o sujeito competente para seu desempenho e o/os bens jurídicos essencialmente envolvidos no exercício daquela função⁹¹. Essa relação é denominada *relação de domínio social*⁹² e a parte desta relevante para os tipos de injusto do Direito Penal pode ser chamada de “relação de domínio social típica”. Tendo em vista que, segundo essa concepção, o domínio social é erigido como fundamento material dos elementos especiais da autoria, entendo que os delitos especiais são delitos de domínio social. Apenas pode ser autor de tais delitos o sujeito que exerce o domínio social típico. O domínio social penalmente relevante se caracteriza e, simultaneamente, se concretiza: a) porque o bem jurídico só é acessível de um modo especialmente relevante do interior de uma determinada estrutura social de caráter fechado (estruturas de domínio social) na qual deve se desenvolver e cumprir uma função social específica⁹³; b) porque dentro de tais estruturas desempenha-se uma função específica cujo exercício precisa envolver de modo essencial o bem jurídico (função de domínio social)⁹⁴; e c) porque somente a competência para o exercício da função e exclusivamente no exercício desta é possível a prática de certas categorias de condutas (condutas de domínio social)⁹⁵. A relação de domínio social constitui, além disso, do meu ponto de vista, o fundamento material geral das posições de garante e a fonte material, portanto, do dever de atuar, pelo qual os delitos especiais de domínio social são, simultaneamente, *delitos especiais de garante*⁹⁶. O exercício do domínio social

⁹¹ Nem todos os delitos nos quais a autoria se encontra limitada a determinados grupos de sujeitos pertencem à categoria mencionada no texto. Em alguns delitos especiais, como o parricídio (art. 405) ou o infanticídio (art. 410), a circunscrição da autoria a certas categorias de sujeitos obedece a fundamentos diferentes do exercício de uma função específica. Mais precisamente nesses delitos não se observam nem podem ser observadas hipóteses de atuação em lugar de outrem; vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.403 ss.

⁹² Vide, amplamente, Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.354 ss.

⁹³ Vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.361 ss.

⁹⁴ Vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.364 ss.

⁹⁵ Vide, amplamente, Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.368 ss.

⁹⁶ Vide, amplamente, Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.372 ss. e 408 ss., onde desenvolvo esta última concepção, todavia, de um modo insuficiente. Entretanto, a caracterização dos delitos especiais como delitos de garante encontra qualificado respaldo na doutrina científica; vide em geral e sem consideração dos matizes e divergências pessoais, por exemplo, Schünemann, *Unternehmenskriminalität* (n.9), pp.92 ss. e JURA, 1980, pp.577 e 582 s.; Herzberg, *Die*

típico e a assunção da posição de garante típica baseada nesse domínio representam, assim, os elementos que fundamentam essencialmente a limitação da autoria dos delitos especiais a determinadas categorias de sujeitos.

A problemática jurídico-penal das atuações em lugar de outrem deita raízes na técnica utilizada pelo legislador para demarcar o domínio social típico fundamentador do injusto dos delitos especiais. Herzberg enfatizou que com muita frequência o legislador cria nos tipos do Direito Penal certas “imagens sociais pré-típicas” e isso faz com que - em razão do princípio da legalidade - apenas “essas” lesões “típicas” possam ser punidas, e não outras que, embora tenham a mesma gravidade, não se adequem àquelas imagens pré-típicas⁹⁷. Isso é o que habitualmente acontece nos delitos especiais. O legislador transpõe para o tipo a imagem prévia que tem acerca do domínio social e o formaliza, delimitando-o mediante a descrição do status pessoal que indiscutivelmente exerce. E assim, quando se trata de proteger um bem jurídico essencialmente envolvido no exercício da função de empresário, comerciante, contribuinte, etc. utiliza-se o tipo desses elementos formais para descrever aqueles que, por serem titulares da competência para o exercício da função, detêm o domínio social do bem jurídico sem a menor sombra de dúvida⁹⁸. Com isso, entretanto, “o legislador não leva em consideração que também outros grupos de pessoas, diversos dos descritos pela norma, podem praticar a conduta proibida com o mesmo resultado prejudicial”⁹⁹.

De tudo o que foi dito cabe extrair como principal conseqüência que o importante para o delito especial não é o status formal com o qual o legislador descreve o autor do fato, mas a relação material de domínio social típico proveniente da competência para o exercício de uma função¹⁰⁰. A doutrina dominante, empenhada em fundamentar uma transferência do status formal da autoria a quem não se encontra em tal posição, não percebeu que apenas o exercício da função, e não o status ou o rol, pode ser pessoalmente assumido por uma pluralidade de sujeitos ocupantes de diferentes posições na sociedade: empresários, representantes do empresário, gestores de negócio do empresário, etc.

Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1972, pp.49 ss.; Schöne, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1974, pp.175 ss.; Grünwald, *ZStW*, 1958, p.428; Rudolphi, *SK*, § 13 núm. 4; Stree, *Schönke/Schröder*, 24ª ed., 1991, § 13 núm.31; Stratenwerth, *AT*, 3ª ed., 1981, p.267 núm.983; Schmidhäuser, *Lb.AT*, 2ª ed., 1975, p.528 e *Studienbuch*, 1982, p.300.

⁹⁷ Vide Herzberg, *ZStW*, 1976, pp.82 ss., que fala exatamente de “imagens fáticas pré-jurídicas” (*vorjuristische Tatbilder*).

⁹⁸ Vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.381 s.

⁹⁹ Assim Blauth, *Handeln* (n.31), pp.56 s., que exemplifica que mesmo que “apenas o devedor...seja normalmente proprietário do patrimônio submetido à execução dos credores em virtude de seu poder de disposição e administração, o representante legal do devedor, todavia, é também proprietário do patrimônio do devedor de um modo semelhante em razão de seu poder de disposição e de administração”.

¹⁰⁰ Vide, em sentido semelhante, Schünemann, *Unternehmenskriminalität* (n.9), pp.142 ss. e *JURA*, 1980, p.572; também Bottke, *wistra*, 1991, p.83.

Tem-se idêntico exercício da função quando este puder ser distribuído, fragmentado em uma série de competências parciais em virtude da divisão do trabalho, as quais serão mais ou menos amplas em extensão em relação à função de acordo com a posição hierárquica ocupada por cada sujeito competente para seu exercício. Daqui se deduz inequivocamente que o acesso ao domínio social típico e a assunção da posição de garante nele baseada constitui o critério material de identidade das atuações em lugar de outrem determinantes de uma integração dos delitos especiais (de domínio social e de garante) através da inclusão no círculo da autoria de sujeitos que, independentemente de seu status pessoal particular, entraram na mesma e idêntica relação material com o bem jurídico que a travada pelo sujeito formalmente descrito no tipo¹⁰¹. Daí resulta em primeiro lugar que nem todo sujeito que entre em contato com a esfera de domínio do titular da função e atue materialmente nela poderá ser de pronto equiparado, apenas por isso, ao autor idôneo do delito especial. Para tal será preciso que adquira competência para o exercício do domínio social típico, o que se concretiza mediante critérios estritos que aqui não posso desenvolver em razão dos limites deste trabalho, mas que já expus em outra oportunidade¹⁰². Em segundo lugar, se o exercício do domínio social fundamenta o injusto típico do delito especial, torna-se irrelevante o motivo ou o meio que permite chegar a ele, de modo que a relação de representação não importa para a fundamentação da responsabilidade de quem atua em lugar de outrem. Dessa forma, a impropriamente denominada responsabilidade “do representante” baseia-se na esfera ontológica, sem violar a estrutura lógico-objetiva, pois todos os elementos relevantes para sua integração nos quadros da autoria - domínio social, posição de garante e, lógico, realização direta ou mediata da conduta típica - são extraídos de sua própria e imutável esfera pessoal.

Cumpra afastar qualquer dúvida acerca da indispensabilidade da existência de uma disposição legal de atuação em lugar de outrem como instrumento de luta contra a criminalidade de empresa. Faz-se mister ressaltar ainda que as disposições vigentes (art. 15 bis CP, § 14 StGB, § 9 OWiG, art. 12 CP português) e sua interpretação pela doutrina dominante não são em absoluto adequadas, como acima demonstrei. Apenas um critério material como o aqui defendido e sucintamente desenvolvido revela-se apropriado para tratar das chamadas atuações em lugar de outrem de um modo objetivamente correto, totalmente coerente e completo. A eficácia político-criminal da disposição, em sendo esta corretamente aplicada, será sem dúvida aumentada. O critério material aqui sustentado já é válido, certamente, *de lege lata*. Os limites impostos pelos textos legais vigentes, todavia, impedem vigorosamente sua plena realização prática, quando não a impossibilitam em relação a alguns aspectos e problemas particulares. O critério do domínio social apenas pode desempenhar no Direito vigente uma função de correção das

¹⁰¹ Vide, amplamente, Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.380 ss. e 394 ss.

¹⁰² Vide Gracia Martín, *El actuar I* (n.6), pp.386 ss.

disposições legais, balizada, todavia, por limites intransponíveis¹⁰³. Melhor seria, por isso, que o critério fosse legalmente acolhido. Assim como Schünemann e Bottke na Alemanha, eu elaborei pessoalmente uma proposta de tratamento da atuação em lugar de outrem que agasalha o critério material por mim defendido e que agora quero reformular com algumas correções de estilo que não a afetam substancialmente:

1. Se o fundamento ou a magnitude da pena dependerem da prática ou da omissão da conduta no exercício de funções definidas por caracteres especiais de descrição do autor, também terá aplicação o preceito penal que assim dispõe àquele que, carecendo pessoalmente desses caracteres, tenha assumido efetivamente o exercício daquelas funções e praticado ou omitido a conduta respectiva.
2. Se um preceito penal requer a prática ou omissão da conduta em proveito próprio, também será autor do fato aquele que atuar em proveito de quem tenha outorgado a função em cujo exercício realiza o fato.

Abreviaturas utilizadas

ADPCP - Anuário de Direito Penal e Ciências Penais.

AT - Allgemeiner Teil.

CPC - Cadernos de Política Criminal.

CuCGPJ - Cadernos do Conselho Geral do Poder Judiciário.

GA - Goltdammer's Archiv; Göhler.

OWiG - Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 9ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 1990.

JZ - Juristenzeitung.

KK-OWiG - Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeiten, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1989.

Lb. - Lehrbuch.

LGT - Lei Geral Tributária.

L.I.S. - Lei 61/1978, de 27 de dezembro, do Imposto sobre Sociedades.

NJW - Neue Juristische Wochenschrift.

PE - Parte Especial.

PG - Parte Geral.

Rebmann/Roth/Kermann - Rebmann/Roth/Hermann, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2ª ed., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln.

¹⁰³ Sobre as possibilidades de correção da disposição espanhola vide Gracia Martín, *El actuar II (n. 19), passim*. No presente momento, já transcorridos seis anos da publicação de minha obra, posso guardar certa distância com relação à mesma, fato que me permite descobrir agora que em alguns casos forcei excessivamente os limites literais do texto legal até o ponto de alcançar ou talvez ultrapassar o umbral da analogia.

PANCP 1983 - Proposta de Anteprojeto de Novo Código Penal de 1983 (Publicado pelo Ministério da Justiça, Madri, 1983).

PLOCP 1980 - Projeto de Lei Orgânica de Código Penal de 1980 (Boletim Oficial das Cortes Gerais, Congresso dos Deputados, núm.108-I, de 17 de janeiro de 1980).

PLOCP 1992 - Projeto de Lei Orgânica de Código Penal de 1992 (Boletim Oficial das Cortes Gerais, Congresso dos Deputados, núm.102-1, de 23 de setembro de 1992).

R.I.S - Decreto Real 2631/1982, de 15 de outubro, que aprova o Regulamento do Imposto sobre Sociedades.

RRM - Decreto Real 1597/1989, de 29 de dezembro, que aprova o Regulamento do Registro Mercantil.

Schönke/Schröder - Strafgesetzbuch. Kommentar, 24^a ed. ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhndlung, München, 1991.

Sk I - Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5^a ed., Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main.

TRLSA - Decreto Real Legislativo 1.564/1989, de 22 de dezembro, que aprova o Texto Corrigido da Lei de Sociedades Anônimas.

wistra - Zeitschrift für schweizerische Recht.

ZschR - Zeitschrift für schweizerische Recht.

ZStW - Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.