

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

EDFRE RUDYARD DA SILVA

**DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NO CONTEXTO EMPRESARIAL: REFLEXOS E
LIMITES DA AUTORIA MEDIATA A PARTIR DA TEORIA DE CLAUS ROXIN**

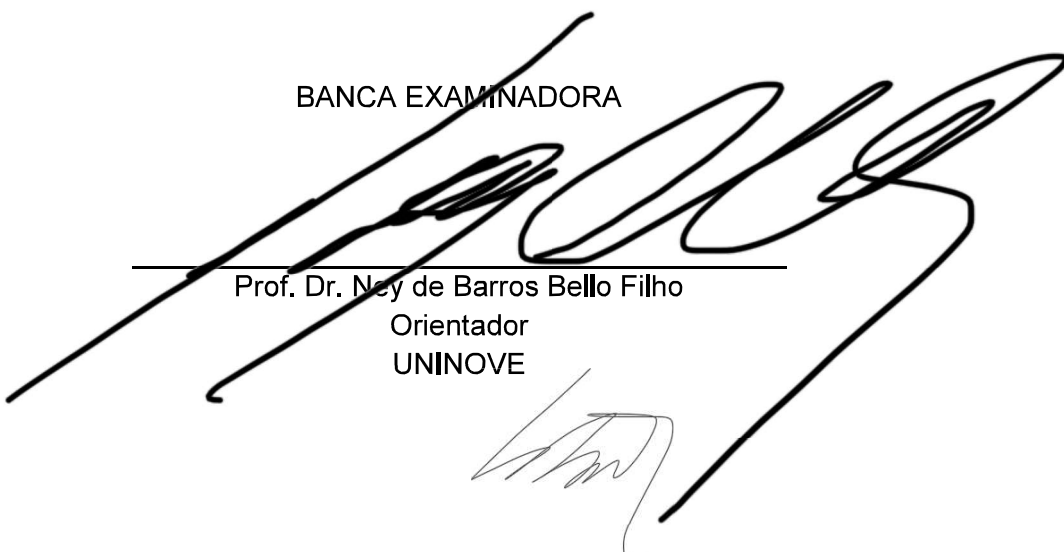
SÃO PAULO – SP
2025

EDFRE RUDYARD DA SILVA
DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NO CONTEXTO EMPRESARIAL: REFLEXOS E
LIMITES DA AUTORIA MEDIATA A PARTIR DA TEORIA DE CLAUS ROXIN


Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação Stricto
Sensu em Direito da Universidade
Nove de Julho como parte das
exigências para a obtenção do título
de Mestre em Direito.

São Paulo, 27 de junho de 2025.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho
Orientador
UNINOVE



Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz
Examinador Interno
UNINOVE



Documento assinado digitalmente
ALEXANDRE RONALDO DA MAIA DE FARIAS
Data: 01/07/2025 12:37:26-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias
Examinador Externo
UFPE / UNB

EDFRE RUDYARD DA SILVA

**DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NO CONTEXTO EMPRESARIAL: REFLEXOS E
LIMITES DA AUTORIA MEDIATA A PARTIR DA TEORIA DE CLAUS ROXIN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

SÃO PAULO – SP
2025

Silva, Edfre Rudyard da.

Domínio da organização no contexto empresarial: reflexos e limites da autoria mediata a partir da teoria de Claus Roxin. / Edfre Rudyard da Silva. 2025.

142 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2025.

Orientador (a): Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho.

1. Direito penal econômico. 2. Concurso de pessoas. 3. Autoria mediata. 4. Domínio do fato. 5. Domínio da organização.

I. Bello Filho, Ney de Barros.

II. Título.

CDU 34

Dedico essa dissertação aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

A elaboração deste trabalho acadêmico somente foi possível graças ao apoio e à colaboração de diversas pessoas e instituições, às quais expresso minha sincera gratidão.

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador, Ney de Barros Bello Filho, pela orientação segura, pela dedicação e pelo incentivo constante ao longo de todo o percurso desta pesquisa, cuja contribuição foi fundamental para o amadurecimento deste trabalho.

Agradeço, igualmente, aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho, sobretudo ao Professor Doutor Rodrigo de Grandis e Professor Doutor Valter Shuenquener de Araújo, que participaram da banca de qualificação, pelas valiosas discussões acadêmicas e críticas construtivas; bem como aos colegas, pelo ambiente estimulante que propiciou o desenvolvimento desta dissertação.

À minha família, especialmente aos meus pais, Rudyard e Cida, pela compreensão, paciência e pelo apoio incondicional em todas as etapas deste processo, sem os quais seria impossível superar os desafios inerentes à trajetória acadêmica.

Aos amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram com palavras de encorajamento e com apoio emocional, minha mais sincera gratidão.

Por fim, agradeço às instituições que disponibilizaram acesso a fontes bibliográficas e bases de dados indispensáveis à realização desta pesquisa, bem como a todos os que, de alguma forma, colaboraram para a concretização deste trabalho.

A todos, o meu muito obrigado.

“Dê-me, Senhor, agudeza para entender, capacidade para reter, método e faculdade para aprender, sutileza para interpretar, graça e abundância para falar, acerto ao começar, direção ao progredir e perfeição ao concluir...”

Santo Tomás de Aquino

RESUMO

O presente trabalho investiga a aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito das organizações empresariais, especialmente quanto aos reflexos e limites da autoria mediata a partir da formulação de Claus Roxin. Inicialmente, são apresentadas as principais teorias sobre o concurso de pessoas e autoria, abordando a distinção entre delitos de dever e de domínio, assim como as diferenças conceituais entre autoria, coautoria e participação. A pesquisa aprofunda-se na evolução da teoria do domínio do fato, desde as formulações iniciais de Hans Welzel até a sistematização realizada por Roxin, destacando, em especial, a hipótese de autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder. Foram analisados os pressupostos que caracterizam essa forma de autoria: o poder de comando, a desvinculação do direito, a fungibilidade do executor e a disposição essencialmente elevada ao fato. O estudo também apresenta as principais críticas doutrinárias a essa teoria, bem como exemplos paradigmáticos de sua aplicação na jurisprudência internacional, como dos homicídios no Muro de Berlim e Fujimori. Ainda, foi apresentada uma breve evolução doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade penal da pessoa jurídica com o intuito de estabelecer uma clara distinção daquela, quando autora do delito e como aparato organizado de poder, oportunidade em que concluímos pela incompatibilidade dos institutos. Por fim, com base em doutrina especializada e jurisprudência brasileira, avalia-se a possibilidade de aplicação da teoria às organizações empresariais, concluindo positivamente que estas podem ser reconhecidas como aparatos organizados de poder, sendo possível imputar responsabilidade penal mediata aos seus dirigentes.

Palavras-chave: Direito penal econômico; concurso de pessoas; autoria mediata; domínio do fato; domínio da organização.

ABSTRACT

The present work investigates the application of the theory of the domain of the act within business organizations, particularly regarding the reflections and limits of mediate authorship based on Claus Roxin's formulation. Initially, the main theories concerning the concurrence of individuals and authorship are presented, addressing the distinction between duty-based and domain-based offenses, as well as conceptual differences between authorship, co-authorship, and participation. The research deepens the evolution of the theory of the domain of the act, from the initial formulations by Hans Welzel to the systematization carried out by Roxin, with particular emphasis on the hypothesis of mediate authorship through organized apparatuses of power. The study analyzes the essential elements that characterize this form of authorship: the power of command, disconnection from the law, fungibility of the direct executor, and the executor's essentially elevated disposition toward the act. The dissertation also presents the main doctrinal criticisms of this theory, along with paradigmatic examples of its application in international jurisprudence, such as the Eichmann case, Fujimori, and the Berlin Wall shootings. Finally, based on specialized doctrine and Brazilian jurisprudence, the research assesses the feasibility of applying the theory to business organizations, reaching the positive conclusion that they can be recognized as organized apparatuses of power, thus allowing the imputation of mediate criminal responsibility to their managers.

Keywords: Economic Criminal Law; co-offending; mediate authorship; domain of fact; domain of the organization.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
1.1	Homenagem póstuma a Claus Roxin	10
1.2	Justificativa para escolha do tema e importância da investigação	11
2	CONCURSO DE AGENTES E AS TEORIAS QUE SOBRE ELE ORBITAM PARA IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIA	17
2.1	Distinção entre delitos de dever e delitos de domínio	17
2.1	Codelinquência e teorias pertinentes ao concurso de pessoas	20
2.2	Das teorias pertinentes à definição da autoria	23
2.3	Breves considerações sobre a teoria do domínio (final) do fato de Welzel	29
3	ASPECTOS RELEVANTES DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO DE CLAU ROXIN	34
3.1	Do domínio da ação	37
3.2	Do domínio funcional do fato	39
3.3	Do domínio da vontade	45
3.3.1	Do domínio da vontade por meio de aparatos de poder	49
3.3.1.1	Dos pressupostos caracterizadores da autoria mediata por aparatos organizados de poder	51
a)	Do poder de comando	51
b)	Desvinculação do Direito pelo aparato de poder	55
c)	Fungibilidade do executor direto	58
d)	Disposição essencialmente elevada dos executores ao fato	60
3.4	Das críticas à teoria de Claus Roxin sobre a autoria mediata por aparatos organizados de poder	62
3.5	A aplicação da autoria mediata por aparatos organizados de poder na jurisprudência estrangeira	68
3.5.1	O caso dos disparos mortais em Berlim (1994)	69
3.5.2	O paradigmático caso Fujimori	70
4	DO ALCANCE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E OS CRIMES DE EMPRESA	75
4.1	Crimes de empresa e responsabilidade penal da pessoa jurídica	75
4.1.1	Responsabilidade penal da pessoa jurídica – aspectos gerais	76
4.1.2	Dos modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica	78
4.1.3	Da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil	88
4.1.4	Incompatibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica com a teoria do domínio do fato	98
4.2	Crimes de empresa: autoria imediata e coautoria	101

4.3	Autoria mediata e os crimes de empresa	108
4.4	Da (im)possibilidade da organização empresarial como aparato organizado de poder.	111
4.4.1	A perspectiva de Claus Roxin	111
4.4.2	Fundamentos favoráveis à aplicação da teoria aos crimes de empresa	114
4.4.3	Autoria mediata por aparatados organizados de poder e a jurisprudência brasileira ..	121
5	CONCLUSÃO	127
	REFERÊNCIAS	132

1 INTRODUÇÃO

1.1 Homenagem póstuma a Claus Roxin

No limiar desta dissertação, é imprescindível prestar uma singela, mas profunda homenagem póstuma a Claus Roxin, cuja partida, em 18 de fevereiro deste ano (2025), representa uma perda irreparável para a ciência jurídica penal e para a comunidade acadêmica internacional. Sua trajetória, marcada por erudição, rigor metodológico e um compromisso inabalável com a racionalização e a humanização do Direito Penal, permanecem como um legado perene que continuará a iluminar gerações de estudiosos.

Claus Roxin não foi apenas um dos mais destacados penalistas do século XX e início do século XXI; foi, sobretudo, um pensador que soube compreender, com extraordinária sensibilidade e profundidade, os desafios éticos e dogmáticos do Direito Penal em sociedades cada vez mais complexas e organizadas. Sua “teoria do domínio do fato”, amplamente difundida e aplicada em diversos sistemas jurídicos, constitui um dos pilares centrais da imputação penal moderna, sobretudo na persecução de delitos praticados em contextos de poder estruturalmente organizado, como o aparato estatal e âmbito empresarial.

Nesta dissertação, que se propõe a refletir sobre os limites e as possibilidades da imputação penal no contexto empresarial à luz da teoria do domínio do fato, os ensinamentos de Roxin constituem o referencial teórico fundamental e insubstituível. É sob a inspiração de sua obra, alicerçada no respeito aos princípios de segurança jurídica, imputação pessoal e proporcionalidade, que se desenvolvem as reflexões aqui empreendidas.

Ao recordar sua trajetória acadêmica, sua lucidez intelectual e seu inabalável compromisso com a justiça, esta dissertação se insere também como um tributo ao seu legado. Espera-se que o presente trabalho, com a humildade que o rigor científico exige, possa expressar o reconhecimento e a gratidão por tudo o que Claus Roxin representou para o Direito Penal, cuja história, sem dúvida, será eternamente marcada por sua obra e por sua vida.

1.2 Justificativa para escolha do tema e importância da investigação

O estudo das organizações empresariais no contexto jurídico contemporâneo desponta como uma temática de significativa relevância, em razão do crescente protagonismo que tais entes assumem na dinâmica social, econômica e política global.

Ao assumirem papéis fundamentais em setores estratégicos, as empresas influenciam diretamente as estruturas e relações de poder em diversas esferas. A crescente complexidade dessas estruturas, que atuam em setores estratégicos e movimentam fluxos financeiros expressivos, levanta, inevitavelmente, questões jurídicas fundamentais, especialmente no âmbito da responsabilidade penal.

A centralidade que as empresas ocupam na contemporaneidade demanda, por conseguinte, uma reflexão aprofundada acerca dos limites e possibilidades da imputação penal no ambiente corporativo. Sua complexidade e autonomia suscitam questionamentos quanto à responsabilização penal de atos que, embora executados no âmbito organizacional, nem sempre encontram autores diretos.

Aliás, no que se refere à evolução dessas reflexões, sobretudo à atuação do Direito Penal às questões envolvendo empresas, a título de ilustração, merece destaque a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que atualmente se mostra como uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro. Circunstância que, até pouco tempo, era impensável, de modo que se tornou necessário estabelecer uma dogmática¹, para que se imponha, também a ela, a aplicação de uma pena.

Assim, a própria Constituição da República Federativa do Brasil, mais especificamente em seu artigo 225, § 3º, autorizou ao legislador infraconstitucional, a criação de leis que permitem a responsabilização criminal das pessoas jurídicas em relação aos crimes ambientais.

Posteriormente, para ratificar o ideal do constituinte originário, foi editada a Lei n.º 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais – que prevê, em seu artigo 3º, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Norma que foi objeto de relevantes julgados por parte do Superior Tribunal de Justiça, bem como do próprio Supremo Tribunal Federal, com destaque para o Recurso Extraordinário n.º 548.181.

¹ A dogmática jurídica parte da lei, que, como um dogma, representa o material a ser interpretado. Nesse sentido GIMBERNAT ORDEIG, Enrike. **Conceito e método da ciência do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

Naquela oportunidade, foi consolidado o entendimento da doutrina majoritária e confirmada a autonomia da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais.

A consolidação da imputação exclusiva da pessoa jurídica, tão somente nessa seara, corroborou as dificuldades pertinentes à imputação da pessoa natural inserida no complexo contexto empresarial.

Entretanto, essa evolução legislativa e jurisprudencial não afastou a necessidade do aprofundamento teórico e dogmático quanto à responsabilidade penal das pessoas naturais que atuam no âmbito das organizações empresariais, sobretudo diante da possibilidade de que tais estruturas sejam utilizadas como instrumentos para a prática de delitos, mediante o encobrimento da atuação individual dos sujeitos decisores.

Nesse cenário, destaca-se a relevância da teoria do domínio do fato, vez que tem sido progressivamente discutida como possível instrumento para a responsabilização penal de agentes inseridos no contexto empresarial.

A teoria, originalmente concebida por Hans Welzel e posteriormente redesenhada e sistematizada por Claus Roxin, oferece novos parâmetros dogmáticos para a distinção entre autor e partícipe, deslocando o foco da causalidade material para o domínio da ação típica. Oportunidade em que foi apresentada uma nova modalidade de autoria mediata, decorrente de aparatos organizados de poder.

Embora originada em contexto diverso, notadamente no âmbito das organizações estatais autoritárias e das estruturas criminosas organizadas, a teoria do domínio do fato, em sua vertente relativa à autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, apresenta-se como um referencial teórico imprescindível para a superação das dificuldades inerentes à imputação penal em ambientes organizacionais complexos.

Com base na justificativa apresentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal², no que

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às

se refere às dificuldades de localizar e imputar o ser humano causador do delito, consequência de estruturas complexas que atualmente compõem as organizações empresariais, fazem com que a teoria de Roxin possa servir como alternativa para a solução do problema.

Com esse pressuposto, a teoria do domínio da organização, desenvolvida por Claus Roxin, surge como um alicerce teórico valioso para entender se (e como) as empresas podem ser concebidas como “aparatos organizados de poder”. Se tais estruturas que, por sua própria dinâmica, seriam capazes de operar e determinar os comportamentos de seus gestores e membros em relação à prática de delitos.

O problema central que orienta a presente investigação consiste, precisamente, em verificar a possibilidade jurídica de se reconhecer as organizações empresariais como aparatos organizados de poder, nos termos delineados por Claus Roxin, e, consequentemente, a possibilidade de imputar a seus dirigentes, na condição de autores mediatos, a responsabilidade penal pelos delitos cometidos no âmbito da organização.

A partir desse problema, emergem as seguintes indagações: é juridicamente admissível conceber a empresa como um aparato organizado de poder? Quais os limites e pressupostos dogmáticos para que tal concepção seja válida? Quais os riscos e implicações dessa assimilação para o direito penal brasileiro, especialmente no que tange à garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos acusados?

A presente dissertação tem, assim, como objetivos centrais: (i) analisar os fundamentos e pressupostos dogmáticos da teoria do domínio da organização, tal como formulada por Claus Roxin; (ii) investigar a aplicabilidade dessa teoria ao contexto das organizações empresariais, verificando se tais estruturas podem ser qualificadas como aparatos organizados de poder; e (iii) avaliar as consequências e os limites dessa concepção para o sistema jurídico-penal brasileiro, especialmente no tocante à responsabilização penal das pessoas naturais que ocupam posições de comando e decisão dentro das empresas.

corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. RE 548181, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06-08-2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00464.

A escolha dessa temática se justifica não apenas pela sua atualidade e relevância, mas também pela necessidade de se construir uma reflexão crítica e aprofundada acerca da dogmática penal aplicável aos crimes empresariais.

Num cenário de crescente sofisticação e transnacionalização das condutas delitivas praticadas no âmbito empresarial, torna-se imprescindível que o direito penal se equipe de instrumentos teóricos capazes de enfrentar a realidade das organizações como potenciais espaços de produção de danos sociais graves.

A teoria do domínio do fato, sobretudo o domínio da organização, nesse sentido, oferece uma chave interpretativa que, embora originada em outros contextos, pode contribuir decisivamente para a racionalização da imputação penal nesse âmbito.

Com base nesses objetivos, o trabalho adota uma metodologia de análise bibliográfica e jurisprudencial, utilizando literatura especializada e decisões de tribunais nacionais e estrangeiros. Esse método permite uma compreensão aprofundada do tema, por meio da compreensão das bases teóricas e críticas que envolvem a teoria do domínio do fato e sua aplicação ao contexto empresarial, trazendo à luz perspectivas e decisões que ilustram os limites e as possibilidades da aplicação da teoria de Roxin ao universo corporativo.

Ademais, o exame de decisões proferidas por tribunais brasileiros e estrangeiros, que enfrentaram casos emblemáticos relacionados à responsabilidade penal no âmbito de organizações complexas, oferece um panorama prático acerca das potencialidades e limites dessa teoria. A conjugação desses métodos possibilita uma abordagem abrangente e crítica da problemática proposta.

No tocante à estrutura, o trabalho organiza-se da seguinte forma: inicialmente, procede-se a uma análise do concurso de agentes e das principais teorias que orbitam a definição da autoria e participação, destacando-se a evolução dogmática que culminou na formulação da teoria do domínio do fato. Em seguida, reconhecidas as bases da teoria, inicialmente estabelecidas por Hans Welzel, examina-se, de forma detida, a teoria desenvolvida por Claus Roxin e os novos parâmetros apresentados pelo jurista alemão em sua obra “Autoria e domínio do fato no direito penal” (tradução livre), publicado originalmente em 1963. Obra que encerra espinha dorsal da presente pesquisa, com especial atenção ao domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder.

Como será visto, Claus Roxin buscou esmiuçar a ideia de “domínio do fato”, além de estabelecer os parâmetros necessários à distinção entre autores e partícipes. Assim, classificou o domínio do fato em três concepções: i) domínio da ação; ii) domínio funcional do fato; e iii) domínio da vontade.

Concentrados no domínio da vontade, Roxin apresenta uma nova forma de autoria mediata: *a autoria mediata por aparatos organizados de poder*, também conhecida como *domínio da organização*. Para tanto, o autor aprofundou-se no estudo do caso Eichmann, oficial do governo alemão, no período da Segunda Guerra Mundial. Como um dos responsáveis pela “Solução Final”, levou ao massacre dos judeus nos campos de concentração, comandados pelo Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães; bem como nos casos dos disparos mortais, efetuados contra aqueles que buscavam fugir da Alemanha Oriental no período da Guerra Fria.

Assim, foram apresentados os seus pressupostos, bem como a posição de outros doutrinadores no intuito de tornar clara a teoria do jurista alemão e seus objetivos. Noutra ponta, diante da necessidade acadêmica de ampliar a discussão sobre o tema, em seção à parte, foram apresentadas as críticas levantadas pelos opositores da tese de Roxin, sem prejuízo de tecermos nosso entendimento sobre os temas em debate.

Além disso, delineou-se uma breve evolução doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, com o propósito de evidenciar a distinção entre sua atuação enquanto autora direta do delito e sua configuração como aparato organizado de poder, concluindo-se, ao final, pela incompatibilidade entre tais construções teóricas.

Com base nos fundamentos apresentados por Claus Roxin, seus opositores e doutrinadores que fizeram uma releitura dos pressupostos inicialmente estabelecidos, por conseguinte, passamos a analisar a viabilidade da aplicação a teoria do domínio da organização às empresas.

Em razão da necessidade de delimitação do tema, para tanto, adotamos o entendimento de Schünemann para conceituar crimes de empresa e aplicação dos fundamentos teóricos pertinentes ao domínio da ação e domínio funcional do fato.

Por fim, foi analisada a viabilidade da aplicação da teoria do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder e adequação às organizações empresariais. Oportunidade em que foram apresentados os argumentos de Claus Roxin e doutrina que a ele faz coro em relação à inadequação das organizações empresariais como aparatos organizados

de poder.

Por outro lado, apoiando-nos principalmente na doutrina de Patrícia Faraldo Cabana e interpretação dos pressupostos apresentados por Claus Roxin, chegou-se à conclusão parcial positiva quanto à viabilidade da aplicação da teoria do domínio da organização às organizações empresariais.

Espera-se, ao final, oferecer uma contribuição relevante ao debate acadêmico e jurídico acerca da imputação penal no âmbito empresarial, bem como lançar luzes sobre a possibilidade (e os limites) da aplicação da teoria do domínio da organização às empresas. Com isso, pretende-se fomentar uma reflexão crítica que conjugue o rigor dogmático com a sensibilidade prática necessária à construção de um Direito Penal comprometido com a efetividade da tutela dos bens jurídicos, mas também com a garantia dos direitos fundamentais.

2 CONCURSO DE AGENTES E AS TEORIAS QUE SOBRE ELE ORBITAM PARA IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIA

2.1 Distinção entre delitos de dever e delitos de domínio

A definição de quem pode ser considerado autor de determinado delito, num primeiro momento, pode parecer algo singelo, bastando pensar que o será aquele que alcança todos os elementos do tipo penal, ou seja, pratica o fato típico, ilícito e culpável, sob a perspectiva do conceito analítico de crime.

Entretanto, considerando que o presente trabalho tem por finalidade analisar a possibilidade da aplicação da autoria mediata por aparatos organizados de poder, fruto da teoria do domínio do fato, também aos crimes empresariais, torna-se fundamental a distinção entre os crimes de dever e de domínio, calcados na ideia do autor como peça central do acontecer típico.

Ademais, é fundamental deixar claro que a *teoria do domínio do fato*, como critério para distinção entre autores e partícipes, não é universal. Nesse ponto, valorosas são as lições de Luís Greco ao afirmar que há delitos cuja autoria se determina com base em outros critérios, que não a ideia de domínio do fato, tais como os delitos de mão própria e os delitos de dever³.

Os *delitos de dever* resultam de um vácuo deixado pela teoria objetiva-formal e do domínio do fato, considerando que não dependem do controle sobre o fato, mas da violação de um dever jurídico imposto ao agente. A autoria nesses crimes se baseia na existência de um dever específico vinculado ao agente, de modo que a responsabilidade penal é consequência da sua violação.

Nos delitos de dever (os chamados *Pflichtdelikte*), somente o portador do dever jurídico (por exemplo, o funcionário público) pode ser autor - os demais, podem ser partícipes; nos delitos de mão própria (os chamados *eigenhiindigen Delikte*), o autor realiza o tipo pelas próprias mãos - os demais somente podem ser partícipes⁴.

Os delitos de dever extraem a ilicitude, basicamente, da violação de certas obrigações do autor, dever este que pode ser proveniente tanto do direito privado como também do direito

³ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 31.

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, parte geral. 6 ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 348-349.

público não-penal. Portanto, é autor aquele que viola o dever extrapenal ao qual devia obediência⁵.

Tal dever, que segundo Roxin possui natureza extrapenal, não abrange, necessariamente, todos os envolvidos na infração penal; assim, aquele que contribuir para a concretização do delito sem deter a incumbência legal prevista no tipo penal será qualificado como partícipe da conduta⁶.

Sob o enfoque empresarial, não é incomum a utilização dessa espécie de delito, que evidencia a violação de deveres atribuídos aos administradores dessas organizações ou que pressupõem o domínio e a proximidade em relação ao bem jurídico tutelado. Como exemplo, podem ser mencionados alguns delitos previstos contra o sistema financeiro nacional, tais como a gestão fraudulenta e a gestão temerária de instituição financeira (art. 4º); o crime de apropriação de valores no contexto de tais instituições (art. 5º); a operação de instituição financeira sem a devida autorização ou mediante autorização obtida por meio de declaração falsa (art. 16); e o crime de concessão de empréstimo vedado (art. 17), todos da Lei n.º 7.492/1986.

Entretanto, tais infrações penais somente podem ser cometidas por sujeitos que se enquadram no quanto disposto no artigo 25 da Lei n.º 7.492/1986⁷, ou seja, por aqueles que exercem funções de direção ou comando na instituição financeira. Nesse ponto, vale o alerta apresentado por Rodrigo de Grandis, de que esse dispositivo legal não deve ser interpretado como um instrumento de formulação da imputação penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional, tendo em vista que poderia culminar na indevida atribuição de responsabilidade penal objetiva, mas tão somente como um critério delimitador da qualidade jurídica exigida do sujeito ativo em determinados tipos penais previstos na referida norma jurídica⁸.

Desse modo, gestores podem ser responsabilizados por omissão, caso tenham o dever de impedir crimes no ambiente corporativo. Exemplo: um CEO que tem ciência de práticas

⁵ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 6. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024. p. 78.

⁶ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Directo Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 345.

⁷ BRASIL, Lei n.º 7.492/1986. Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado). § 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico. § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

⁸ GRANDIS, Rodrigo de. **A imputação nas organizações empresariais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2017.tde-21082017-113636. Acesso em: 01/06/2023, p. 80.

ilícitas dentro da empresa e não adota medidas para impedir sua continuidade poderá ser responsabilizado, desde que exista o dever jurídico de agir para evitar o resultado.

Por outro lado, no que concerne aos delitos de domínio, que serão aprofundados mais adiante, o agente possui o controle sobre a realização do fato, ou seja, ele pode decidir se a infração será ou não executada.

Comparativamente, enquanto nos delitos de dever há uma violação de um dever baseado no *status* jurídico do agente, cujo vínculo especial deve ser demonstrado, nos delitos de domínio a responsabilidade do agente é fundada no controle que ele tem sobre o fato, sem a necessidade da existência de vínculo especial para consecução da infração penal.

Nesse ponto, em se tratando de delitos especiais próprios, somente pode ser autor o sujeito que detém a qualidade exigida pelo tipo penal. Qualquer outra forma de intervenção será a de participação, ainda que se comuniquem as circunstâncias do art. 30 do CP, conforme sustenta Callegari⁹.

Ademais, há a intransmissibilidade do dever jurídico nos delitos omissivos impróprios, vez que a autoria está vinculada à posição de garante do agente. É o caso do funcionário público que pratica, contra disposição de lei, ato de ofício necessário ao regular funcionamento do sistema financeiro nacional, para favorecer determinada empresa (art. 23, da Lei n.º 7.492/1986). Apenas o funcionário, que detinha o dever específico de praticar o ato, pode ser responsabilizado pelo crime, o que não ocorrerá em relação ao presidente da empresa que, eventualmente, tenha corrompido o agente público. Este, não poderá ser autor mediato, pois ainda que tenha sido beneficiado, não tinha o dever jurídico direto de evitar o resultado.

Ainda, conforme destaca Roxin, os delitos omissivos não permitem qualquer compatibilidade com os critérios dos delitos de domínio, também porque o “domínio do fato pressupõe necessariamente um controle ativo do curso causal e não pode ser atingido por um mero não-fazer”¹⁰.

⁹ CALLEGARI, André Luís. Autoria e participação nos delitos especiais - a comunicabilidade das circunstâncias elementares do artigo 30 do Código Penal. **Revista dos Tribunais**. vol. 785/2001. p. 462 – 470. Mar/2001. DTR/2001\134.

Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89a1c000000196e0efa83bff57e130&docguid=Id6cd04b0f25011dfab6f010000000000&hitguid=Id6cd04b0f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=23&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20/03/2025.

¹⁰ ROXIN, Claus. AT II, § 31, nm. 133 e ss. *apud* GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 33.

Com efeito, conclui-se que os delitos de dever afastam a aplicação da teoria do domínio do fato. Dessa forma, a distinção entre delitos de dever e delitos de domínio revela-se essencial para a delimitação da autoria nos crimes empresariais. Especialmente no que concerne à possibilidade de se reconhecer a autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, na forma como estabelecida por Roxin, bem como limitarmos a temática do presente trabalho aos crimes de domínio.

2.1 Codelinquência e teorias pertinentes ao concurso de pessoas

É certo afirmar que o crime é um fato humano e pode ser praticado por uma ou várias pessoas de forma isolada, ou agindo conjuntamente com outras. Assim, é possível termos diversos crimes praticados por uma única pessoa – *concursum delictorum*, bem como um único delito praticado por vários agentes – *concursum delinquentium*. Em relação a este temos a chamada *codelinquência*.

Para Magalhães Noronha, ocorrerá a codelinquência quando mais de uma pessoa, ciente e voluntariamente, participa da mesma infração penal, de modo que há uma convergência de vontades, sem a necessidade de prévio ajuste entre elas ou mesmo sem a existência de objetivo do fim comum, cabendo aos indivíduos, contudo, prevê-lo¹¹.

Em outras palavras, a codelinquência, também denominada concurso de agentes, consiste na realização conjunta de um fato típico penalmente relevante por duas ou mais pessoas, que atuam com unidade de desígnios e consciência recíproca. Trata-se de uma figura clássica no âmbito do concurso de pessoas, caracterizada pela presença de pluralidade subjetiva e objetiva na execução do crime.

A partir dessa premissa, nos é lícito questionar se, nesse caso, todas as pessoas serão, ou não, autores do delito ou partícipes.

Com efeito, imperioso fazermos um sobrevoo pelas teorias que possuem como objeto o concurso de pessoas, sendo que dele derivam três teorias: a) pluralista; b) dualista; e c) monista ou unitária.

Para a teoria pluralista, havendo a atuação de mais de um indivíduo, consequentemente,

¹¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, volume 1: introdução e parte Geral. 38 ed. rev. e atual. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 211.

haverá uma pluralidade de crimes, de modo que teremos um crime para cada agente. Nesse sentido, se houver uma pluralidade de agentes, com condutas diversas, cada um deles responderá por um delito ainda que as condutas acarretem apenas um resultado¹².

A teoria pluralística sustenta que cada um dos concorrentes pratica um crime próprio, sendo eles autônomos e distintos. Não há, portanto, participação, mas simultaneidade de delitos¹³.

Segundo Bitencourt, a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular. À pluralidade de agentes corresponde a pluralidade de crimes. Existem tantos crimes quantos forem os participantes do fato delituoso¹⁴.

Ocorre que essa teoria encontra dificuldades práticas, sobretudo quanto à identificação de um crime específico para cada agente, vez que o agir de cada um dos delinquentes é voltado à realização do mesmo delito. Ademais, considerando a necessidade de tipificação específica para cada indivíduo, a conduta isoladamente considerada, poderá ser entendida como atípica, ainda que, de alguma forma, tenha o agente contribuído para o resultado delituoso.

Cumprе salientar, no entanto, que o Código Penal brasileiro, excepcionalmente, adotou essa teoria em alguns casos. Por exemplo, no crime de aborto com auxílio de terceiro, quando consentido pela mãe, de tal modo que ela responderá pelo delito do artigo 124, segunda parte, enquanto o terceiro responderá na forma do artigo 126 do referido diploma legal. Outro exemplo são os crimes de corrupção passiva e ativa. O primeiro previsto no artigo 317 em que o sujeito ativo é o funcionário público e o segundo descrito no artigo 333, onde se imputa a conduta ao particular, ainda que ambos estejam inseridos no mesmo contexto fático.

A teoria dualista, por sua vez, define que haverá crime único para autores e coautores, de modo que os partícipes responderão por delito diverso, em outras palavras, realizam o *tipo de participação*. Distingue-se o crime praticado pelos autores daquele cometido pelos partícipes. Nesse contexto, haveria uma infração penal para os autores e outra para os

¹² GIACOMELLI, Cinthia L. F.; TEIXEIRA, Juliana K M.; GUIMARÃES, Marina S.; e outros. **Direito Penal II**. Porto Alegre: Grupo A, 2018. E-book. ISBN 9788595026230. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595026230/>. Acesso em: 07/10/2024.

¹³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, volume 1: introdução e parte Geral. 38 ed. rev. e atual. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 213.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral**. v.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786553629325. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629325/>. Acesso em: 07/09/2024.

partícipes¹⁵.

Por fim, a *teoria monista*, também conhecida como unitária ou igualitária, em que todos os agentes respondem pelo mesmo e único crime. Noronha justifica a adoção dessa teoria, pois, quando há um único resultado e as ações dos envolvidos convergem para sua concretização, não se pode falar em múltiplos delitos. Separar ou isolar a conduta dos participantes poderia até mesmo resultar na impunidade de alguns deles, especialmente quando suas ações não chegam à fase de execução do tipo penal.¹⁶

Esta é a regra geral adotada pelo Código Penal brasileiro.

É o que se extrai do artigo 29, *caput*, pois, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Sob esse aspecto, ainda que direcionadas ao dispositivo legal anterior à reforma de 1984 (antigo art. 25), válidas são as lições de Hungria:

[...] se essas [pessoas] se conjugam livremente, ou se há voluntária adesão de umas às outras, visando todas ao mesmo resultado antijurídico, ou, pelo menos, querendo a ação conjunta de que era previsível derivasse tal resultado, não pode suscitar dúvida, do ponto de vista lógico-jurídico, que o crime seja, na sua unidade, atribuível a cada uma delas, ainda que qualquer das atividades individuais, considerada em si mesma, não fosse bastante para produzir o *effectus sceleris*¹⁷.

Denota-se a relação do referido dispositivo com a teoria da equivalência dos antecedentes prevista no artigo 13, *caput*, do estatuto repressivo, de modo que a infração deve ser considerada como produto da conduta de cada um, independentemente do ato praticado, desde que ele tenha tido alguma relevância causal para o resultado¹⁸.

A adoção pelo sistema penal vigente não significa dizer que essa teoria não sofra críticas. Dentre os argumentos que as sustentam, destaca-se não ser compreensível a possibilidade de que um único crime deva ser atribuído mais a uns e menos a outros. Como podem concorrer para um crime pessoas não revestidas da qualidade constitutiva? E, como podem ser punidos

¹⁵ GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647651. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647651/>. Acesso em: 07/09/2024.

¹⁶ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, volume 1: introdução e parte Geral. 38 ed. rev. e atual. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 213.

¹⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: volume I, tomo II: arts. 11 ao 27/ por/ Nelson Hungria /e/ Heleno Fragoso. 5. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978. p. 398.

¹⁸ ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal** - Vol. 1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786555596540. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596540/>. Acesso em: 07/09/2024.

os copartícipes, se houver inimputabilidade do autor principal?¹⁹

São questões relevantes, pois nos levam a uma análise quanto a definição *strictu sensu* quanto a quem, de fato, é autor, coautor ou partícipe. Se é que há possibilidade, dentro do sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, fazermos tal distinção.

2.2 Das teorias pertinentes à definição da autoria

Ainda que todos os que intervenham para o fato, em regra, devam responder por apenas um único delito (ressalvadas as exceções previstas em lei), permanece aberta a questão quanto à valoração da conduta individual dos agentes. Portanto, quem, de alguma forma, contribuiu para o resultado criminoso será qualificado como autor, coautor ou partícipe?

No que se refere à distinção entre autores e partícipes, podemos identificar dois grupos de teorias: as unitárias e as diferenciadoras. São reconhecidas como *unitárias* aquelas que não distinguem autor e partícipe, enquanto as chamadas *teorias diferenciadoras* fazem distinção entre essas figuras. Todavia, há diversos pontos em comum entre elas, o que nos leva a perceber que não se trata de tema pacífico.

Basicamente, podemos identificar três teorias sobre a autoria: a) objetiva; b) subjetiva; e c) teoria objetiva-subjetiva (do domínio do fato).

No que se refere à *teoria objetiva*, resulta de um conceito restritivo de autor, pois busca estabelecer uma distinção entre autor e partícipe. Pode ser dividida em *objetiva-formal* e *objetiva-material*.

Para a teoria objetiva-formal, formulada por Beling²⁰, autor é aquele que realiza o verbo nuclear do tipo, enquanto todos que concorrem para o crime, sem realizar o núcleo do tipo, serão partícipes.

Distingue autoria de participação, considerando que esta última ocorre quando o indivíduo realiza uma ação ou omissão que não se enquadra no verbo principal do crime, mas contribui para sua execução mediante indução, instigação ou auxílio. A conduta do partícipe,

¹⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, volume 1: introdução e parte Geral. 38 ed. rev. e atual. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 213.

²⁰ PORTOCARRERO, Cláudia B.; ÁVILA, Filipe. **Direito Penal Decifrado: Parte Geral**. (Coleção Decifrado). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646364. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646364/>. Acesso em: 20/07/2024.

em princípio, é considerada atípica, pois não corresponde ao núcleo do tipo penal, tornando-se típica devido à aplicação de uma norma que amplia o alcance da tipicidade²¹.

Em outras palavras, estabelece que autor é aquele que realiza o núcleo do tipo penal, enquanto partícipe é aquele que, de qualquer forma, concorre para o crime, com a ressalva de que não deve realizar a conduta expressa pelo verbo existente no tipo. Refere-se a um conceito *restritivo* de autoria.

Essa teoria não está isenta de críticas, isto porque sua plena aplicação nos leva a situações esdrúxulas. É o caso, por exemplo, do agente de um delito de estupro, que pratica a conjunção carnal auxiliado por outro, cuja função exclusiva é apontar a arma de fogo para a vítima. Este, seria considerado autor, em razão do verbo “constranger” (CP, art. 213), enquanto o primeiro, absurdamente, será apenas partícipe, já que não praticou o núcleo do tipo penal.

Se não bastasse, não consegue resolver o problema pertinente à autoria mediata. Ao considerar autor apenas quem pratica o núcleo do tipo penal, de modo que torna inviável a atribuição de responsabilidade àquele que ordenou a prática da infração penal.

Por sua vez, para a teoria objetivo-material, autor é o agente que *contribui de forma destacada para o resultado*, não apenas pratica o núcleo do tipo penal; enquanto o partícipe atua com menos relevância, ainda que sua conduta consista na realização do núcleo do tipo.

Para a teoria objetivo-material, portanto, autor é aquele que presta a *contribuição material mais importante* para o resultado. Os demais, que contribuírem de forma menos relevante, serão partícipes.

Para Jescheck, a teoria objetivo-material buscou suprir os defeitos da teoria objetivo-formal, “oferecendo um complemento mediante a perspectiva da maior perigosidade que deve caracterizar a contribuição do autor ao fato em comparação com a do cúmplice”²².

Ao contrário da teoria objetivo-formal, cuida-se de um conceito *extensivo* de autor. Parte-se da maior ou menor relevância causal da contribuição do concorrente para classificá-lo

²¹ JESUS, Damásio E. de. A teoria do domínio do fato no concurso de pessoas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 27, p. 103-116, jul-set-2019. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89ce2300000190d13592c5ec91fb08&docguid=Ia7006d20f25111dfab6f010000000000&hitguid=Ia7006d20f25111dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=28&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 20/07/2024.

²² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Artigos 1º a 120 do Código Penal**. v.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559775798. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775798/>. Acesso em: 08/09/2024.

como autor ou partícipe. Contudo, perde-se toda a consistência, pois, em verdade, aproxima-se de um modelo unitário de autoria, diante da equivalência valorativa de todas as condições do resultado, servindo, quando muito, para a questão da dosimetria da pena²³.

Ainda que busque solucionar um problema de ordem prática, denota-se da teoria objetiva-material que se faz presente uma carga intransponível de subjetivismo para caracterização do autor, de tal modo que se torna dificultoso estabelecer o que pode ser considerada “contribuição material mais relevante” e o que não pode.

A *teoria subjetiva ou unitária*, por sua vez, considera autor todo aquele que, em certa medida, contribui para a produção do resultado, portanto não faz qualquer distinção entre autor e partícipe. Há uma equivalência entre as condutas dos agentes com lastro no nexo de causalidade que vincula o agir dos envolvidos.

Vale lembrar que essa teoria foi adotada pelo Código Penal brasileiro antes da reforma promovida no ano de 1984, em seu artigo 25, ao estabelecer que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

Em seu comentário ao Código Penal, Nelson Hungria sustentou a presença da teoria unitária ao vincular a contribuição de cada um dos agentes que, de qualquer modo, tenham atuado para o alcance do tipo penal violado, considerando decisivo, no entanto, o vínculo psicológico que os une.

Embora pactuando com o ilogismo, que o direito penal contemporâneo vai repelindo, de uma apriorística e irrestrita diferença de punição dos co-delinqüentes, não é outro o fundamento da tradicional concepção unitária do “*concursum plurium ad idem delictum*”: ainda mesmo os concorrentes que, além dos que cooperam diretamente na execução ou consumação do crime (chamados, restritamente, co-autores), se tenham limitado a determiná-lo ou a instigá-lo (autores morais ou intelectuais) ou a facilitar sua execução (cúmplices “*stricto sensu*”), isto é, a praticar atos que não realizam qualquer elemento do conteúdo típico do crime, devem responder por este, porque não só o quiseram, como não deixaram de contribuir para sua realização, conscientes da própria atividade em comunhão com a atividade dos outros. Decisivo, em relação ao conceito unitário da participação criminosa, sob o aspecto jurídico-penal, é o vínculo psicológico que une as atividades em concurso, ou, seja, a vontade consciente de cada co-partícipe referida à ação

²³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA APLICAÇÃO NA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS – “CONTROL OVER THE ACT-THEORY” AND ITS APPLICATION IN CORPORATE CRIMINALITY: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 105/2013, p. 59 – 92. Nov-Dez/2013 Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal. vol. 2/2019. Jan/2019 DTR\2013\11625, p. 2. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89a874000001928d35e242b94e49ba&docguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000&hitguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000&spos=5&epos=5&td=7&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25/08/2024.

coletiva²⁴.

Por seu turno, Nilo Batista leciona que, no mencionado dispositivo, pretendia-se expurgar do direito brasileiro a acessoriedade da participação. Na mesma ordem de ideias, imaginava-se “sem utilidade a famosa teoria do autor mediato”²⁵.

Posteriormente, com a promulgação da Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, fora apresentada nova roupagem ao concurso de pessoas, oportunidade em que foi inserida a expressão “na medida da sua culpabilidade”, bem como o acréscimo do parágrafo 1º. Nele, há a menção à participação de menor importância, caso em que a pena será reduzida de um sexto a um terço.

Segundo João Mestieri, essa alteração legislativa revela um conceito *extensivo* de autor, ou seja, não faz uma distinção efetiva entre a autoria e a participação. Os parágrafos do artigo 29, na realidade, apenas permitiram a transição de um conceito unitário de autor, para um conceito diferenciador entre a autoria e a participação, ao estabelecer uma punibilidade diferenciada para quem participa do crime. Em suma, o legislador acabou por estabelecer “uma teoria unitária temperada”²⁶.

No mesmo sentido, Luís Greco afirma que a teoria subjetiva revela um sistema unitário, porque todos os que concorrem são autores, não se diferenciando autor e partícipe nem para fixação do marco penal cabível; e conceito *extensivo*, porque todos que concorrem para o crime realizam o tipo²⁷.

Com efeito, ainda que o artigo 29, § 1º, guarde semelhança com o que preconiza a teoria dualista, ao tratar da participação de menor importância, ao partícipe, ser-lhe-á imposta pena menor²⁸. Assim, o mencionado dispositivo legal não aponta para um sistema dualista puro, mas para um sistema unitário temperado, tendo em vista que não há um tipo penal específico para a conduta do partícipe. O que se extrai é uma causa de diminuição de pena.

No mesmo sentido é a posição de Juarez Cirino, ao afirmar que:

²⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: volume I, tomo II: arts. 11 ao 27/ por/ Nelson Hungria /e/ Heleno Fragoso. 5. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 398.

²⁵ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 6. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024, p. 18.

²⁶ MESTIERI, João. **Teoria elementar do Direito Criminal**; Parte Geral. Rio de Janeiro, Editora do Autor, 1990, p. 253.

²⁷ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro / Luís Greco ... [et alii]. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 85.

²⁸ ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal** - Vol. 1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786555596540. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596540/>. Acesso em: 07/09/2024.

A lei penal brasileira adota, ainda, a teoria unitária de autor, mas a introdução legal de critérios de distinção entre autor e partícipe transforma, na prática judicial, o paradigma monístico da teoria unitária em paradigma diferenciador, admitindo o emprego de teorias modernas sobre autoria e participação, como, por exemplo, a teoria do domínio do fato, cujos postulados são inteiramente compatíveis com a disciplina legal de autoria e participação no Código Penal - aliás, a Exposição de Motivos reconhece que o legislador decidiu "optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação", reclamada pela doutrina por causa de decisões injustas²⁹.

Por outro lado, para Magalhães Noronha, o artigo 29 não faz com que todos que concorram para o crime sejam autores, sustenta que há, na verdade, um elemento diferenciador entre a autoria e a participação *stricto sensu*.

O Código Penal não diz que todos os concorrentes no crime sejam autores, mas sim que todos respondem pelo resultado, na medida de sua participação. Por ela, todos os que concorrem à produção do resultado são participantes (autores ou partícipes)³⁰.

Estamos de acordo com Noronha, tendo em vista que a reforma promovida em 1984 acabou por positivar a figura do partícipe, tratando-se de norma geral aplicada a qualquer crime praticado em concurso. Com a devida vênia àqueles que entendem de forma diversa, se assim não fosse, o parágrafo 1º, do artigo 29 seria totalmente dispensável, bastando a aplicação da pena nos termos da parte final do referido dispositivo ("na medida da sua culpabilidade").

Ademais, para além do emprego da palavra "participação", no § 1º (também presente no § 2º), a participação de somenos importância somente é aplicável ao partícipe, vez que incompatível com a posição do autor, de tal modo que esse não pode agir com pequena parcela para o crime³¹.

E, em consonância com as lições de Magalhães Noronha, parece-nos que, após a reforma de 1984, o Brasil buscou a adoção de um conceito *restritivo* de autor, ao reformular, por completo, a parte geral do Código Penal. Além de trazer consigo a ideia de grau à culpabilidade, o fez também em relação à figura do partícipe, que parece surgir da leitura do parágrafo 1º, do artigo 29 do estatuto repressivo³².

²⁹ SANTOS, Jurarez Cirino dos. **Direito Penal**, parte geral. 6 ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 349.

³⁰ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, volume 1: introdução e parte Geral. 38 ed. rev. e atual. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 214.

³¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, volume 1: introdução e parte Geral. 38 ed. rev. e atual. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218.

³² BRASIL, **Código Penal**: Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser

Aliás, a distinção e os efeitos previstos no estatuto repressivo brasileiro, em muito se assemelham àqueles previstos no Código Penal Alemão, neste, porém, mais explícitos:

§ 25. Autoria. (1) É punido como autor, quem comete o fato por si mesmo ou por meio de outrem. (2) Se vários cometem conjuntamente o fato, cada um é punido como autor (coautor). § 26. Instigação. É punido como instigador, com pena igual à do autor, quem determinou dolosamente outrem ao cometimento de fato antijurídico doloso. § 27. Cumplicidade. (1) É punido como cúmplice quem prestou dolosamente auxílio a outrem para o cometimento de fato antijurídico doloso. (2) A pena do cúmplice tem como base a cominação dirigida ao autor. Ele deve ser mitigada segundo o § 49 Abs. 1.³³:

Voltando à realidade brasileira, é possível encontrarmos certa variação, no sentido de que, apesar de não apresentar um *nome iuris* para o tipo penal previsto no referido parágrafo (como ocorre no caso alemão), fez distinguir de forma precisa os personagens que praticam a conduta criminosa. Em outras palavras, permitiu estabelecer distinções entre autores e partícipes para fins de aplicação da pena e, por consectário, estabeleceu causa de diminuição na medida da contribuição de cada um dos agentes para o crime. Circunstância que, na dosimetria da pena, pode resultar em uma pena final, em concreto, abaixo daquela fixada pelo legislador, em abstrato.

Com efeito, caminhar no sentido apresentado por Magalhães Noronha, nos permite evitar eventual confusão entre a participação e a autoria mediata. Aliás, cumpre salientar que essa distinção também era uma das preocupações de Claus Roxin ao fundamentar sua teoria sobre o *domínio do fato*.

No entanto, aplicadas ao contexto da criminalidade empresarial, nenhuma das teorias anteriormente apresentadas parece fornecer uma solução adequada para a questão da atribuição de responsabilidade como autor ou partícipe, especialmente devido ao caráter diferenciado desta categoria. As três teorias analisadas apresentam limitações ao tratar da responsabilidade penal relacionadas aos crimes de empresas.

A teoria objetiva-formal responsabiliza apenas o executor imediato como autor,

diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

³³ ALEMANHA. Código Penal Alemão. No original: § 25. Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter). § 26. Anstiftung. Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat. § 27. Beihilfe. (1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat. (2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern. In: GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23.

deixando os demais como partícipes, enquanto a teoria objetiva-material considera todos os envolvidos como autores, mas desconsidera a hierarquia nas corporações o que pode resultar em certo desequilíbrio para a qualificação dos envolvidos, sejam como autor imediato, mediato ou partícipe.

Por fim, a teoria subjetiva sugere que o responsável maior da empresa seja o autor, mas ignora que o executor imediato pode agir de forma consciente e voluntária, influenciado pela dinâmica criminosa de grupo³⁴.

Por outro lado, são os estudos de Hans Welzel que começaram a delinear um posicionamento intermediário no que se refere a autoria, com a delimitação de uma teoria objetiva-subjetiva para definição a autoria dentro a ideia de *domínio final do fato*.

2.3 Breves considerações sobre a teoria do domínio (final) do fato de Welzel

Adotando posição intermediária, na década de 1930, Hans Welzel buscou estabelecer os parâmetros da chamada *teoria do domínio do fato*, de modo a conciliar as teorias objetiva e subjetiva. No entanto, cumpre salientar que a expressão *domínio do fato* não foi cunhada por Welzel, pois já vinha sendo trabalhada por outros doutrinadores.

No ano de 1915, August Hegler cunha a expressão “*volle Tatherrschaft*” apresentando-a ao Direito Penal, hoje conhecida como “domínio do fato” ou “domínio sobre o fato”. Para o autor, à época, não se referia a um critério relacionado à autoria ou participação; se tratava de um elemento da personalidade do agente, pressuposto material da culpabilidade.

Hegler define o delito como “o comportamento externo de uma pessoa cominado com uma pena”. Nesses termos, a lesividade social seria a referência material do delito, caminhando para além de uma referência formal à antijuridicidade. É nesse contexto que inclui a culpabilidade: “é exigida porque o emprego do mal da pena, como mal ético-social, só aparece

³⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos – “Control over the act-theory” and its application in corporate criminality: theoretical and practical aspects. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 105/2013. p. 59-92. Nov-Dez/2013. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal. vol. 2. 2019. Jan/2019 DTR\2013\11625, p. 3. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89a874000001928d35e242b94e49ba&docguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000&hitguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000&spos=5&epos=5&td=7&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25/08/2024.

justificado perante aquele a quem se pode fazer uma reprovação em face do seu feito; e isso só é possível com relação àquele que tenha sido plenamente senhor de seu feito socialmente lesivo³⁵.

Ainda em uma perspectiva histórica, diversos autores também buscaram trazer novas concepções à teoria do domínio do fato.

A primeira formulação da ideia central da teoria do domínio do fato no âmbito da autoria, em termos semelhantes aos que Roxin mais tarde adotaria, foi feita por Lobe em 1933, pois apresentou, um conceito de domínio do fato. Para ele, a autoria é determinada com base em elementos objetivos e subjetivos: o querer o resultado, o domínio e a condução fática da execução, o *animus domini* e o respectivo *dominare* realmente a execução. Nesse aspecto, vale a observação de Pablo Alflen no sentido de que Lobe apresenta uma solução não acurada em relação à autoria mediata, vez que o conceito de autor mediato deve ser extraído quando o agente imediato não puder ser observado como autor³⁶.

Portanto, em que pese mencionar a expressão “domínio do fato” ainda não se fazia presente o aprofundamento necessário no plano da autoria, situação que somente tomou corpo a partir dos estudos de Hans Welzel.

Foi ele que, em renomado estudo de 1939, apresentou sua teoria (sem citar Lobe), onde introduziu o conceito de *domínio final do fato* como critério decisivo para determinar a autoria³⁷.

Na forma como estabelecida por Hans Welzel, a teoria do domínio do fato se adequa a uma *teoria objetiva-subjetiva*, de tal modo que deve ser qualificado como autor aquele que decide “se” praticará, “quando” e “como”, a infração penal.

Para Welzel, trata-se de um conceito objetivo no sentido de que vincula a autoria a uma posição real de domínio do fato. Diferentemente do que ocorre na teoria do domínio do fato, uma teoria subjetiva (simples) do autor dispensa a posse do domínio final do fato e atribui a autoria também àquele que dá origem ao fato ou ao autor mediato, desde que este tenha a

³⁵ TANGERINO, Davi de Paiva C. **Culpabilidade**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2014. E-book. ISBN 9788502226494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502226494/>. Acesso em: 23/06/2024, p. 34.

³⁶ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502210097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 25/02/2022, p. 85.

³⁷ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21.

“vontade do autor”, especialmente quando quer praticar o fato em favor dele³⁸.

Ao se contrapor ao conceito causalista de ação, Hans Welzel vinculou sua teoria ao conceito de *ação final* ou também chamada de *relação final da vontade com o resultado*. Nesse aspecto, a vontade estaria integrada à própria ação, assim como a realização da vontade, de modo a configurar elemento essencial da autoria. Portanto, conclui que “a autoria final é a mais ampla forma de domínio do fato”³⁹.

Logo, para Welzel, “autor é quem controla finalisticamente o fato”⁴⁰, ou seja, quem decide a sua forma de execução, seu início, cessação e condições envolvidas no contexto fático. Por outro lado, partícipe será aquele que, ainda que de alguma forma colabore dolosamente para a ocorrência do resultado, não exerce o domínio sobre a ação.

Com efeito, o conceito finalista de autor resulta das determinações fundamentais do conceito de “ação finalista” e do “injusto pessoal”, de modo que a teoria do autor não tem outro propósito senão evidenciar a pessoa central da ação do fato antijurídico. É por isso que o domínio finalista do ato pertence ao autor em geral (como elemento geral do injusto pessoal dos tipos dolosos); a ele se somam as características objetivas pessoais do injusto, em muitos casos, como elementos específicos de autoria⁴¹.

Ainda, Hans Welzel faz distinções em relação aos crimes culposos e dolosos. Em relação ao primeiro, deve ser considerado autor todo aquele que pratica a conduta prevista no tipo penal, não pretendida, porém, violadora do dever de cuidado. Consequentemente, a discussão do “domínio final do fato” é transportada exclusivamente para os *crimes dolosos*.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, a doutrina alemã adota dois conceitos diferentes de autor, de modo que nos crimes dolosos aplica o conceito *restritivo* de autor, com base na teoria do domínio do fato; enquanto nos crimes culposos, tem por lastro um conceito unitário, sem distinção entre autoria e participação. Assim, na linha de Welzel, “autor de um delito culposo é todo aquele que mediante uma ação que lesiona o grau de cuidado requerido no âmbito da relação, produz de modo não doloso um resultado típico”⁴².

Dentro da perspectiva de Welzel, sob a égide de uma teoria objetivo-subjetiva, afirma o

³⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Ed. Roque Depalma. Buenos Aires. 1956, p. 108-109.

³⁹ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502210097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 25/01/2024, p. 88.

⁴⁰ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Ed. Roque Depalma. Buenos Aires. 1956, p. 106.

⁴¹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Ed. Roque Depalma. Buenos Aires. 1956, p. 105.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. volume 1: parte geral. 13. Ed. atual. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 422.

jurista alemão que não é necessário que o autor execute o fato em todas as suas fases com as próprias mãos, podendo servir-se de meios mecânicos ou de terceiros para seus fins, desde que conserve o pleno domínio do fato⁴³.

Temos que a teoria do domínio do fato, sob uma perspectiva finalista, trouxe grandes mudanças à teoria da autoria, evidenciando que não basta a simples causalidade como forma determinante para a classificação do agente como autor do delito.

Com efeito, sobre a teoria de Welzel, sustenta Roxin que a expressão “domínio do fato” também foi utilizada para se referir à autoria mediata, cuja essência está na preponderância do homem de trás nas circunstâncias em que o executor age sem culpabilidade ou culposamente, de modo que aquele é o “senhor absoluto do fato” ou detinha o “domínio mais acentuado do fato”⁴⁴.

Portanto, além da ocorrência de uma autoria direta, fruto da prática do delito com as próprias mãos ou por meio da divisão de tarefas, Hans Welzel sustenta que não há qualquer impedimento para que também seja considerado autor aquele que, de qualquer maneira, se valha de terceiro para a prática do delito, ao mencionar a possibilidade de uma autoria mediata.

Trata-se de um conceito de autor no sentido objetivo-subjetivo, tendo em vista que é “objetivo”, ao vincular a autoria à posse efetiva do domínio final do fato. Por outro lado, também vincula a condição de autor a uma teoria subjetiva, ao dispensar a posse do domínio final do fato e atribui a autoria também àquele que dá origem ao fato ou ao autor mediato, desde que tenha a “vontade do autor”, principalmente quando deseja que o ato seja cometido “para ele”⁴⁵.

Segundo Souza, a teoria do domínio do fato teria surgido dos estudos de Welzel, mais especificamente para possibilitar a punição adequada ao autor mediato, ou seja, daquele que se vale de interposta pessoa para a perpetração do delito⁴⁶.

⁴³ WELZEL. Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Ed. Roque Depalma. Buenos Aires. 1956, p. 106.

⁴⁴ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato, 1ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502210097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 25/02/2022.

⁴⁵ WELZEL. Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Ed. Roque Depalma. Buenos Aires. 1956, p. 108-109.

⁴⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos – “Control over the act-theory” and its application in corporate criminality: theoretical and practical aspects. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 105/2013, p. 59-92. Nov-Dez/2013. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal. vol. 2/2019. Jan/2019. DTR\2013\11625, p. 4. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89a874000001928d35e242b94e49ba&docguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000&hitguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000>

Em que pese não traçar maiores aprofundamentos à autoria mediata, a perspectiva apresentada deu ensejo a uma visão intermediária de autor, no sentido de adequar e fundir as teorias objetiva e subjetiva ao conceito de domínio finalístico do fato. Contudo, somente com Claus Roxin o domínio do fato obteve maiores aprofundamentos dogmáticos, incluindo a criação de uma nova forma de autoria mediata, cerne de nossa pesquisa.

3 ASPECTOS RELEVANTES DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO DE CLAUS ROXIN

Os estudos de Hans Welzel sobre o tema trouxeram elementos paradigmáticos ao conceito de autor. Contudo, sua obra possui uma análise restrita, fazendo gerar debates na doutrina sobre o tema em busca de estabelecer parâmetros dogmáticos aprofundados para a *Teoria do Domínio do Fato*.

Como visto, foi a partir de Welzel que se deu uma teoria intermediária, ou seja, *objetiva-subjetiva*, porém, é com Claus Roxin que essa teoria começa a ganhar corpo, sobretudo em sua tese de habilitação chamada “Autoria e domínio do fato”, espinha dorsal de nosso trabalho.

Originalmente publicada em 1963⁴⁷, a mencionada obra buscou estruturar o conceito de autor, estabelecendo parâmetros para identificá-lo no seio da conduta criminosa, amplamente divulgada por aqueles que militam na seara penal.

Entendida como um aprofundamento dogmático, a teoria do domínio do fato, apresentada por Roxin, tem um entendimento vinculado à realização do fato típico em sentido material, em oposição a concepções exclusivamente objetiva-formais de autoria, que apresentavam dificuldades quanto à valoração de casos envolvendo autoria mediata, por exemplo⁴⁸.

No entanto, em muitos casos, a teoria do domínio do fato é mencionada como uma forma de ampliar o alcance do Direito Penal, o que não é a verdade

Em proêmio, compete-nos demonstrar alguns dos contornos do que é a teoria do domínio do fato, sob a perspectiva de Claus Roxin, que buscou estabelecer elementos mais precisos quando comparados àqueles firmados por Hans Welzel.

Em seu trabalho, Roxin buscou estabelecer, de modo definitivo, a distinção entre autoria e a participação. Nesse contexto, equivocam-se alguns operadores do direito ao aplicar sua

⁴⁷ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro / Luís Greco ... [et alii]. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21.

⁴⁸ FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa; ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de. Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Legal transplants: the domain of organization in Claus Roxin and in the Supreme Court. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 197/2023, p. 155-184. Jul-Ago/2023 DTR\2023\6794, p. 3. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89bbf7000001928c1e9ec3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

teoria como forma de ampliar o alcance da norma penal, ou seja, que tais parâmetros tinham por finalidade definir se o agente será ou não punido.

Com efeito, é certo que a doutrina vem criticando veementemente a forma pela qual foi aplicada a teoria de Roxin na Ação Penal 470/MG, ao julgar caso envolvendo Ministros de Estado, chefes de Poder, parlamentares e grandes empresários. Para Figueiredo e Araújo, os critérios formulados por Roxin ao definir o conceito de domínio da vontade por meio de aparelho organizado de poder não foram minimamente contemplados na referida decisão⁴⁹.

Ao estabelecer os pressupostos de sua teoria, é fato que o jurista alemão não tinha a finalidade de ampliar o alcance do fenômeno da responsabilização penal, mas delimitar a figura do autor e do partícipe. Em outras palavras, a teoria de Claus Roxin, tinha por objetivo definir as características de quem pode ser reconhecido como autor de um delito ou apenas mero indutor ou instigador.

Portanto, a ideia de *domínio do fato* não deve ser analisada sob o prisma meramente conceitual, ou seja, não se trata de uma simples subsunção do fato à norma. O domínio do fato surge como uma *ratio*, em que o operador do Direito deve passar por um plano mais abstrato, que estará por trás das formas mais concretas de autoria, seja ela direta, mediata, ou ainda em coautoria.

Dessa forma, para os críticos, o emprego da Teoria do Domínio do Fato à realidade brasileira se deu de forma equivocada, pois foi interpretada como forma de ampliação do alcance do Direito Penal em relação a determinados agentes, sobretudo na Ação Penal 470/MG, que será objeto de análise mais adiante.

Nessa linha, sequer era necessária a menção à teoria do domínio do fato. Isto porque, sob uma perspectiva mais tradicional, o artigo 29 do Código Penal brasileiro preencheria os elementos necessários à aplicação da pena. Aliás, para eventual condenação, não se mostra como pressuposto fundamental para a aplicação da pena a distinção entre autoria e participação, tendo em vista que, sob essa perspectiva, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

⁴⁹ FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa, e ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de. Transplante Legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Legal transplants: the domain of organization in Claus Roxin and in the Supreme Court. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 197/2023, p. 155-184. Jul-Ago/2023 DTR\2023\6794, p. 3. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89bbf7000001928c1e9ec3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

Portanto, sob o prisma de uma teoria unitária, a distinção entre as diversas formas de autoria (e até mesmo de participação), no ordenamento jurídico pátrio, se sustenta numa perspectiva axiológica, ou seja, de maior ou menor grau. Com efeito, calcados no texto do artigo 29, *caput*, do estatuto repressivo brasileiro, a distinção entre autoria e participação, no caso concreto, parece não possuir a mesma relevância e imprescindível aprofundamento tal qual ocorre na Alemanha. Isto porque o Código Penal Alemão traz em seu bojo normativo a distinção entre autoria, coautoria, instigação e cumplicidade, conforme anteriormente mencionado.

Assim, independentemente de o agente poder ser teoricamente caracterizado como autor ou partícipe, tendo por fundamento a teoria unitária tradicional, tal conceituação se tornaria de pouca relevância.

Contudo, como anteriormente sustentamos, é possível traçar uma distinção entre autoria e participação no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por base o disposto no § 1º, do artigo 29, do Código Penal.

Ademais, como bem leciona Nilo Batista, essa colaboração no delito alheio certamente supõe que o partícipe não detém, de nenhuma forma, o domínio do fato⁵⁰, circunstância que trará profundas consequências no que se refere à distinção entre a mera colaboração e a autoria. Ainda, com fulcro no princípio da acessoriedade, denota-se um critério de limitação entre a instigação ou auxílio e casos de autoria mediata.⁵¹

Sob essa concepção, ainda que a distinção entre as figuras do autor e do partícipe seja de grau, no que se refere à aplicação da pena (diminuição de um sexto a um terço), não de conceito, conforme é possível verificar por meio da leitura do mencionado dispositivo legal⁵², não desnatura a existência da figura do partícipe e eventual distinção para com a autoria mediata.

Essa distinção se mostra mais nítida no Código Penal Alemão (StGB), em seus parágrafos 25, 26 e 27, que apontam como devem ser penalizados autores, coautores, instigadores e cúmplices⁵³. Aliás, foi a necessidade de distinção entre as diversas formas de

⁵⁰ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 6. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024, p. 157.

⁵¹ *Ibidem*, p. 166.

⁵² BRASIL. Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

⁵³ ALEMANHA. Código Penal Alemão: § 25. Autoria. (1) É punido como autor, quem comete o fato por si mesmo

atuação do agente que levou Claus Roxin, através de seus estudos, pontuar as características de cada um deles quando cotejadas ao tipo penal.

Dáí é possível extrair a relevância para o Direito Brasileiro desta teoria, o Código Penal Brasileiro, ou seja, a letra da lei, não é clara quanto aos requisitos necessários para a distinção entre autoria e participação. A relevância se encontra na ideia de que se o tipo penal ir além da causalidade, somente aquele considerado autor será capaz de realizar o tipo penal.

Nesse contexto, é necessário entendermos a ideia de autoria, nos aproveitando do sistema construído por Roxin, sob uma estrutura diversa das teorias formuladas por seus antecessores, que partiu da premissa que *autor é quem atua com o domínio do fato*.

Roxin coloca o autor como a figura central do acontecer típico (*Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens*)⁵⁴, de modo que a figura do partícipe deve ser estabelecida como meio de ampliação do alcance da norma penal (além da causalidade simples), porém, caracterizado por uma figura axiologicamente inferior, quando comparado ao autor e o acontecer típico.

Nestes termos, para não haver dúvidas quanto a figura do partícipe, na forma como delineada por Claus Roxin, aquele deve ser analisado sob perspectiva do tipo penal, de tal modo que, quem contribui para um fato típico em caráter meramente secundário, é a figura marginal, lateral do acontecer típico, o que se extrai ante a ausência de algum dos elementos que determinam positivamente a autoria do fato.⁵⁵

Sob essa premissa, Roxin traz em seus estudos três formas concretas de domínio do fato, quais sejam: a) o domínio da ação; b) o domínio funcional do fato; e c) o domínio da vontade.

3.1 Do domínio da ação

Ao tratar do chamado *domínio da ação*, o jurista alemão buscou traçar os parâmetros concretos para a definição da chamada *autoria imediata*, ou seja, é o agente que, por si, realiza

ou por meio de outrem. (2) Se vários cometem conjuntamente o fato, cada um é punido como autor (coautor). § 26. Instigação. É punido como instigador, com pena igual à do autor, quem determinou dolosamente outrem ao cometimento de fato antijurídico doloso. § 27. Cumplicidade. (1) É punido como cúmplice quem prestou dolosamente auxílio a outrem para o cometimento de fato antijurídico doloso. (2) A pena do cúmplice tem como base a cominação dirigida ao autor. Ela deve ser mitigada segundo o § 49, inciso 1.

⁵⁴ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 25.

todos os elementos do tipo penal. O *autor imediato* (ou direto) é sujeito que, por sua vontade, pratica o núcleo do tipo penal.

Portanto, quem, não sendo coagido e sem ser dependente de uma forma maior do que o socialmente aceitável, executa ele mesmo todos os elementos do tipo de mão própria, é o autor. Em todas as hipóteses imagináveis, tem o domínio do fato. Só aquele que cumpre todos os pressupostos do injusto é autor, e quando os realiza o é sem exceção. A sua contribuição pode ser valorada como quiser, mas em qualquer caso, ele realiza o tipo de mão própria, não deixa por isso de coincidir com a descrição jurídica do autor⁵⁶.

Portanto, para Roxin, aquele que pratica a conduta executória típica será sempre autor, sendo assim reconhecido como senhor do fato e quem preenche apenas outro elemento do tipo, não será. Sob essas circunstâncias, independentemente de fazê-lo sob o interesse de terceiro, comete o delito por si mesmo, sendo caracterizado como autor imediato.

O autor imediato o faz por vontade própria e, fisicamente, domina a ação, independentemente de fazê-lo sozinho ou a mando de terceiro, ou mesmo com a exculpante prevista no artigo 21 do Código Penal (se transportarmos para o ordenamento brasileiro).

A autoria direta define a realização pessoal do tipo de injusto pelo autor - mediante atividade do próprio corpo -, que detém, com exclusividade, o domínio do fato: realização individual da ação de matar, de ofender a integridade ou a saúde corporal de outrem, etc.⁵⁷

É autor imediato, por exemplo, aquele agente que, de posse de uma marreta, a utiliza contra o seu desafeto, causando-lhe um traumatismo craniano. Nesse caso, para ser considerado autor direto, é irrelevante se o fez em razão de interesse de outra pessoa, que possa ser favorecida com o resultado, pois, era dele o controle da situação, o domínio do fato, para a prática, ou não, do delito.

Portanto, a noção de domínio do fato aplicada à autoria direta possui um caráter fático e objetivo, não se restringindo ao aspecto subjetivo ou psicológico da vontade do agente, mas fundando-se na efetiva capacidade de conduzir o processo causal típico.

Importante destacar que, para a configuração do domínio da ação, não se exige que o agente esteja fisicamente presente em todas as etapas do *iter criminis*, mas sim que exerça o controle efetivo e determinante sobre a realização do tipo. Trata-se, portanto, de um conceito jurídico-normativo, que se afasta da ideia meramente empírica de domínio físico ou material.

Assim, o critério distintivo da autoria direta está no poder de decidir sobre a realização

⁵⁶ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Directo Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 133.

⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, parte geral. 6 ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 350.

ou não do fato típico.

Contudo, deve se levar em conta o alerta de Márquez Cárdenas, no sentido de que para determinar a autoria, não se pode negligenciar a perspectiva do fato típico sobre o qual se deve projetar nos crimes dolosos⁵⁸. Assim, não se deve partir somente da análise da conduta e do indivíduo, mas, também, do tipo penal em questão.

Nesse sentido, Pablo Alflen explica que, no exemplo citado por Roxin (crime de roubo), no qual quem apenas subtrai, sem empregar violência, é autor de furto, se considerado o tipo penal do furto, o crime está consumado e a autoria é certa; já sob a ótica do roubo, não. Contudo, essa visão é incorreta, pois a imputação exige a análise de dois elementos: o potencial ofensivo da conduta e a intenção do agente. Logo, para afirmar que ainda não há autoria de roubo, é necessário verificar tanto a intenção quanto a adequação objetiva da ação, medida pelo seu potencial ofensivo.⁵⁹

Portanto, a premissa de que é autor imediato aquele que pratica o tipo penal “com suas próprias mãos” se mostra, no mínimo, insuficiente, em que pese Roxin buscar suprir esse déficit ao estabelecer as bases do domínio funcional do fato.

Logo, se em situação mais simples (como o exemplo do crime roubo em concurso de pessoas), a teoria de Roxin apresenta certas dificuldades, o problema se mostra ainda mais latente ao transportarmos para a realidade empresarial.

As empresas modernas operam frequentemente com processos decisórios fragmentados, em que diversas funções são distribuídas entre setores, departamentos e indivíduos, tornando a identificação do domínio da ação mais difícil, mas também mais necessária, de modo que cabíveis alguns apontamentos e adequações, conforme se demonstrará em capítulo específico.

3.2 Do domínio funcional do fato

Trata-se da coautoria *stricto sensu*, correspondente a uma forma específica de codelinquência. Ocorre quando dois ou mais agentes, de modo consciente e voluntário, unem-

⁵⁸ MÁRQUEZ CÁRDENAS, A. E. Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho. **Diálogos de saberes**, [S. l.], n. 22, p. 96–116, 2018. Disponível em: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/4286>. Acesso em: 22/06/2024.

⁵⁹ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. 1ª edição. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2014. E-book. ISBN 9788502210097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 22/06/2024, p. 114-115.

se para a execução comum do fato típico, mediante divisão de tarefas, com domínio funcional do acontecimento.

O domínio funcional do fato expressa a ideia de que, em delitos cometidos por meio da cooperação consciente entre duas ou mais pessoas, cada coautor, ainda que não realize a totalidade da conduta típica, contribui de maneira essencial e possui controle conjunto sobre a execução do fato.

Preconiza-se a punição de todos os que atuam sob o selo da divisão racional de tarefas, a título de autor, ou melhor, coautores, de modo diferente da construção originária da teoria do domínio do fato onde, necessariamente, ter-se-ia a figura do autor e partícipe⁶⁰.

É importante destacar que no domínio funcional (coautoria), os agentes precisam ser figuras centrais para alcançar o resultado criminoso. Como anteriormente mencionado, Claus Roxin exemplifica isso por meio da hipótese de um roubo a banco, em que nenhum dos envolvidos é capaz de realizar o crime sozinho. Um dos criminosos pode intimidar os bancários ou conter a vítima, mas isso só será eficaz se o comparsa colaborar funcionalmente com o plano. Caso contrário, ambos se tornariam vulneráveis: se os bancários não fossem imobilizados, o outro seria preso; se a vítima não fosse contida, ela poderia reagir ou fugir. Assim, ambos dependem da ação conjunta para realizar o plano, embora cada um tenha o poder de desistir da empreitada ao retirar sua contribuição. Dessa forma, ambos têm a responsabilidade do sucesso ou fracasso da ação em suas mãos⁶¹.

Portanto, para Roxin, a coautoria vai além de um domínio parcial do fato, tendo em vista que eventual descumprimento de sua parte interferirá diretamente na conclusão da empreitada criminosa. Isto porque cada coautor tem mais do que apenas controle de sua parte do fato, mas é detentor de parcela essencial para obtenção do resultado pretendido.

Não é necessário que o sujeito “coloque mãos à obra” num sentido externo ou mesmo esteja presente no local do acontecimento. Assim, o chefe de um grupo de contrabandistas

⁶⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos – "Control over the act-theory" and its application in corporate criminality: theoretical and practical aspects. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 105/2013. p. 59-92. Nov-Dez/2013. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal. vol. 2/2019. Jan/2019. DTR\2013\11625, p. 5. Disponível em:

<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89a874000001928d35e242b94e49ba&docguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000&hitguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000&spos=5&epos=5&td=7&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25/08/2024.

⁶¹ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Directo Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 272-274.

poderá dar suas ordens por telefone, e ainda assim será coautor, pois, se o “centro de comando” desmoronasse subitamente, o empreendimento ficaria desconcertado e fracassaria⁶².

Desse modo, para a caracterização da coautoria, a atuação dessa figura central, deve ser fundamental para a consecução do delito, de tal sorte que na sua ausência, a prática delituosa cairá por terra.

Assim, o domínio funcional do fato tem por característica uma realização conjunta da atividade criminosa, situação em que os agentes possuem funções específicas relacionadas à empreitada, atuando de forma colaborativa entre si, para um fim único: a prática do crime por eles planejado.

“Retrata a situação em que, a partir de uma decisão conjunta de cometer a infração penal, duas ou mais pessoas atuam em colaboração, sendo que cada uma delas tem uma espécie de domínio sobre o todo”⁶³. Logo, para ocorrer a *coautoria*, ainda que os agentes tenham praticado apenas parcela da conduta típica, desde que a atuação de cada um dos agentes seja imprescindível para a ocorrência da infração penal, todos responderão pelo fato típico como um todo.

A coautoria, assim entendida, não requer a realização isolada e completa do núcleo típico por cada agente, mas demanda a conjugação de vontades e ações que, mediante divisão de tarefas, possibilitam a consumação do delito.

É caracterizada pelo domínio comum do tipo mediante divisão do trabalho entre os coautores subjetivamente e objetivamente, de modo que a convergência subjetiva e objetiva dos coautores exprime acordo de vontades para realizar tipo de injusto determinado⁶⁴.

Para que se configure o domínio funcional do fato, Roxin estabelece três pressupostos indispensáveis: a) plano em comum; b) execução conjunta; e c) contribuição relevante:

a) Plano em comum: refere-se a uma atuação em comum acordo entre os agentes, decorrente da divisão dos trabalhos, sendo necessário o conhecimento da existência de cada um deles, que devem cooperar entre si. Trata-se do acordo de vontades estabelecido entre os coautores com o propósito de realizar conjuntamente o fato típico. Esse liame pode ser formal ou informal, expresso ou tácito, e não exige, necessariamente, a presença de um ajuste prévio

⁶² ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Directo Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 274.

⁶³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2001, p. 489.

⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, parte geral. 6 ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 350.

detalhado, bastando a existência de uma comunhão de desígnios orientada à consecução do delito.

Ressalva que não é necessária que a elaboração e decisão do plano ocorra em conjunto⁶⁵, sendo suficiente que o acordo se dê no momento ou após o início do fato, tacitamente. Embora o "plano em comum" denote uma dimensão subjetiva, ele se revela, na prática, por meio de elementos objetivos que demonstrem a adesão e a convergência das condutas em direção à realização do crime. Sua função é delimitar o núcleo do injusto penal àqueles que, desde o início, ou eventualmente durante a execução, aderem ao empreendimento criminoso, participando ativamente da divisão de tarefas e do domínio funcional do fato.

Importa destacar que, na concepção de Roxin, não é necessário que todos os coautores estejam reciprocamente conscientes de todas as funções e intervenções dos demais, sendo suficiente que cada um tenha ciência e aceite que sua atuação se insere em um plano conjunto, voltado à produção do resultado típico.⁶⁶ Nas lições de Juarez Cirino dos Santos, a decisão comum desencadeia a distribuição de tarefas individuais necessárias à produção do resultado comum⁶⁷.

O plano em comum cumpre, assim, a função de evitar imputações abusivas a sujeitos que, embora se relacionem com os autores, não compartilham da decisão criminosa nem integram a divisão funcional de tarefas que caracteriza a coautoria.

b) Execução conjunta: refere-se à necessidade de que cada um dos agentes, no momento da execução do delito, contribua para a realização da etapa do plano que lhe compete. A execução conjunta pressupõe que os agentes atuem de forma funcionalmente integrada, cada qual desempenhando uma função específica que contribua, de maneira indispensável, para a consecução do resultado. Situação que faz com que esse agente detenha o domínio (conjunto) do fato sobre ela⁶⁸.

Na coautoria a execução do delito se fraciona em tarefas parciais, cujo somatório conduz à realização do fato. Esse fracionamento não implica a diluição das responsabilidades, uma vez que, sob a lógica do domínio funcional do fato, cada coautor controla, de maneira compartilhada, o curso causal do evento típico, assumindo responsabilidade plena pela

⁶⁵ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Direito Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 710.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 709.

⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, parte geral. 6 ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 357.

⁶⁸ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Direito Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 712.

totalidade do injusto, ainda que não tenha realizado pessoalmente todas as ações executivas.

As contribuições objetivas para o fato comum podem consistir na realização integral ou parcial das características do tipo de injusto, ou mesmo atípicas, desde que necessária para realizar o tipo de injusto⁶⁹.

Contudo, assevera o jurista alemão que, tais funções não precisam ser realizadas simultaneamente, bem como não é necessária a presença no lugar onde se objetiva o resultado.

Ademais, podemos compreender que a execução conjunta exige mais que a mera contribuição causal ao fato: demanda uma participação funcional na realização do tipo, inserida no plano comum e indispensável ao sucesso da empreitada criminosa. Assim, distingue-se de formas acessórias de colaboração, como o auxílio material ou moral típico do partícipe, que não integra a execução conjunta e não detém domínio funcional sobre o fato⁷⁰.

Sob esse aspecto, a execução conjunta reforça a necessidade de uma interdependência funcional entre os coautores, sem a qual a configuração da coautoria se inviabiliza;

c) Contribuição relevante: se refere à qualidade e indispensabilidade da atuação de cada coautor para a realização do fato típico. Ocorre quando os atos executórios do delito são distribuídos entre diversas pessoas ou, apesar de não executórias, são necessárias para a subsunção do fato à norma, que deve se dar de forma imprescindível, de modo que a inexecução de sua função na empreitada criminosa, possa resultar na derrocada do plano.⁷¹

Não basta uma atuação meramente acessória ou insignificante; é imprescindível que a conduta de cada agente tenha importância funcional para a consecução do resultado típico.

Em outras palavras, cada coautor deve desempenhar um papel essencial, de tal modo que sua ausência prejudicaria ou inviabilizaria a realização do plano criminoso conforme concebido.

A relevância da contribuição não se mede pela extensão física da atuação, mas pela sua necessidade funcional dentro da divisão de tarefas acordada entre os coautores. Assim, mesmo condutas aparentemente modestas, como vigiar o local do crime ou fornecer informações estratégicas, podem configurar contribuição relevante, desde que sejam indispensáveis para o êxito do plano comum.

⁶⁹ SANTOS, Jurarez Cirino dos. **Direito Penal**, parte geral. 6 ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 358.

⁷⁰ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Direito Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 713.

⁷¹ *Ibidem*, p. 716-717.

Sobre esse ponto, vale lembrar que a contribuição de cada coautor não precisa, necessariamente, corresponder a um fragmento da conduta típica, conquanto deva ser essencial ao fato delituoso, em que pese ser indispensável que aquela deve ocorrer durante a fase executiva, sob pena de afastamento do domínio conjunto⁷².

Esse critério objetiva excluir do âmbito da coautoria aqueles que, embora possam ter contribuído causalmente, não exerceram função determinante na realização típica, cabendo-lhes, quando for o caso, a qualificação de partícipes (instigadores ou cúmplices).

A exigência de uma contribuição relevante reforça o caráter funcional e objetivo da teoria, evitando a ampliação indevida da autoria para todos os que, de alguma forma, tenham se relacionado com o fato delituoso.

Os três requisitos analisados formam um conjunto indissociável na concepção de coautoria segundo a Teoria do Domínio Funcional do Fato. A ausência de qualquer deles descaracteriza a coautoria, podendo configurar participação acessória ou, eventualmente, ausência de responsabilidade penal.

A sistematização apresentada por Roxin para definir a coautoria, no entanto, não passou incólume a críticas, sobretudo em relação ao segundo e terceiro pressupostos.

Vale destacar a manifestação de Muñoz Conde, ao afirmar que a execução conjunta ou coexecução, como queiram chamar, estritamente considerada, refere-se diretamente à teoria objetivo-formal⁷³, criticada ante a insuficiência para estabelecer as premissas dogmáticas da *autoria*. Tampouco é capaz de sustentar o conceito de coautoria, pelo menos em algumas áreas da criminalidade em que outras tomadas de decisão e comportamentos organizacionais relacionados com ela são tão ou mais importantes do que a própria execução⁷⁴.

Assim, o jurista espanhol sugere que Roxin entra em contradição ao aceitar, em última

⁷² DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização**. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.btdt.uerj.br/handle/1/9545>. p. 68. Acesso em: 20/09/2024.

⁷³ Para a teoria objetivo-formal, autor é aquele que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo; todos os demais que concorrerem para essa infração penal, mas que não realizarem a conduta expressa pelo verbo existente no tipo serão considerados partícipes. In: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do código penal**. v.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774593. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774593/>. Acesso em: 23/06/2024.

⁷⁴ A doutrina alemã trabalha com dois conceitos distintos de autor: nos delitos dolosos utiliza o conceito restritivo de autor fundamentado na teoria do domínio do fato, e nos delitos culposos utiliza um conceito unitário de autor, que não distingue autoria e participação. Segundo Welzel 'autor de um delito culposos é todo aquele que mediante uma ação que lesiona o grau de cuidado requerido no âmbito da relação, produz de modo não doloso um resultado típico. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. volume 1: parte geral. 13. Ed. atual. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 422.

análise, um conceito unitário de autor. Acrescenta que dentro da coautoria não existe apenas a coautoria executiva total ou parcial, mas também outras formas de prática conjunta do crime em que um ou alguns dos coautores, às vezes os mais importantes, não estão presentes quando da execução⁷⁵.

Ainda, é objeto de críticas o pressuposto da “relevância” da contribuição do coautor, tendo em vista que o jurista alemão não esclarece o termo empregado, tampouco a medida da contribuição que possa ser considerada relevante para caracterizar a autoria.

Jakobs, para ilustrar sua discordância com o termo empregado, menciona que não faz diferença “se as velas de ignição são fornecidas secretamente ao incendiário quando o aparato já está instalado, muito antes do incidente, a caminho do local ou pouco antes do início do incêndio”. Por isso, seria apropriado referir a relevância não ao sucesso do evento, mas à influência no seu aparecimento. Com efeito, a “relevância”, não estaria atrelada ao êxito da empreitada criminosa, mas ao influxo sobre seu aspecto, de tal modo que nem todo o necessário é relevante, senão somente o que caracteriza o fato⁷⁶.

Se não bastasse a dificuldade quanto a ausência de parâmetros para mensurar a relevância da cooperação entre os coautores, ainda é criticado quanto a ausência do domínio sobre o acontecimento integral do fato de forma coletiva, de modo a revogar a tese fundamental, pertinente à própria autoria. Consequentemente, a pretensão inicial de distinguir a autoria da participação iria à bancarrota, tendo em vista que a possibilidade de uma autoria coletiva faz com que cada agente tenha o domínio parcial, não integral do fato⁷⁷.

3.3 Do domínio da vontade

Como terceira forma de domínio do fato, relacionada à ideia da ocorrência da infração penal mediante a atuação de interposta pessoa – *autoria mediata* –, Roxin tratou do *domínio da vontade* de terceiro, que se prestará como mero instrumento que praticará o tipo penal por

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoria y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? **Revista Penal**, Salamanca, n. 9, p. 59-98, ene. 2002, p. 66.

⁷⁶ JAKOBS, Günter. **Derecho Penal**. Parte General. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 752.

⁷⁷ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502210097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

coação, erro ou através de um aparato organizado de poder.

Sob essa perspectiva, Roxin trabalha com a ideia do *homem da frente* e o *homem de trás*, sendo que o primeiro é aquele que dá existência ao fato previsto na norma penal, enquanto o segundo é aquele cuja responsabilização penal será sempre exigida.

Diferentemente do que ocorre na coautoria, em relação à autoria mediata, há a presença de dois personagens em posições distintas: o autor mediato e o instrumento. A relação existente entre esses dois personagens é necessariamente vertical.

Há uma posição de dominação entre o autor mediato e o instrumento, que, por alguma razão, está subordinado ao autor mediato, em regra, por alguma fragilidade daquele, por não saber o que faz ou por estar sendo forçado à prática do ilícito.

Importante destacar que para ocorrer a autoria mediata, é fundamental que o instrumento realize uma *conduta*, do contrário não haverá autoria mediata, mas, sim, autoria direta. Como bem lembra Cunha, no funcionalismo teleológico ou moderado, encabeçado por Roxin, “conduta é o comportamento humano voluntário, causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal”⁷⁸.

Assim, a coação física irresistível excluirá a conduta, de tal modo que não haverá autoria mediata. Por exemplo: o agente empurra pessoa para que esta, ao chocar-se com terceiro, o lesione, não haverá conduta típica por parte da pessoa empurrada em razão da ausência de comportamento humano voluntário, por parte daquele que sofreu o empurrão.

Nesse exemplo, a pessoa está amparada por causa excludente da conduta, de tal modo, que sequer deve ser considerada instrumento, por conseguinte não haverá autoria mediata, mas autoria direta daquele que efetuou o empurrão.

Em relação à *coação* exercida sobre o *homem da frente*, é possível ser isento de qualquer punição, quando o agir daquele se dê com base em provocação promovida pelo *homem de trás*, ou que se aproveita dessa situação.

Com efeito, Roxin sustenta a existência do chamado *princípio da responsabilidade (Verantwortungsprinzip)* que, como bem repisa Greco, “é o único parâmetro viável nos casos de coação, uma vez que dominar alguém que sabe o que faz é algo, em princípio, excepcional,

⁷⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 270.

que só pode ser admitido com base nos parâmetros fixados pelo legislador”⁷⁹.

No contexto brasileiro, no artigo 22 do Código Penal⁸⁰, podemos observar que o legislador busca a responsabilização do *homem de trás* e, por outro lado, deixar de punir o *homem da frente*.

Com efeito, a vontade do terceiro é subjugada por meio do medo, consequência da violência moral praticada pelo agente, não havendo alternativa, senão a prática do delito⁸¹ ou ainda fundada em *erro*, seja ele de tipo ou de proibição⁸².

Assim, em se tratando de autoria mediata por *erro*, o instrumento atua sem tipicidade (dolo ou elemento subjetivo especial) o mais comum é o caso em que o instrumento atua em erro (de tipo). Exemplo: agente que induz o instrumento, numa caçada, a efetuar um disparo contra um suposto animal, que em verdade se trata de pessoa que é inimigo do agente (erro de tipo provocado). Nesse caso, nos termos da legislação pátria, o instrumento não responderá pelo crime, mas o indutor responderá pelo crime de homicídio (CP, art. 20, §§ 1º e 2º)⁸³.

É possível ainda a ocorrência de *error in persona*, ou seja, aquele que não diminui ou exclui a culpabilidade do homem da frente. Temos como exemplo o caso do atirador que dispara contra alguém “às cegas”, apenas orientado pelo autor mediato, que afirma que a pessoa-alvo

⁷⁹ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26.

⁸⁰ BRASIL. Código Penal. Decreto Lei nº 2848/1940. **Coação irresistível e obediência hierárquica** - Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

⁸¹ Coação irresistível, com idoneidade para afastar a culpabilidade, é a coação moral, a conhecida grave ameaça, uma vez que a coação física exclui a própria ação, não havendo, consequentemente, conduta típica. Coação irresistível é tudo o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha, consequentemente, trata-se da coação moral. (...) Na coação moral irresistível existe vontade, embora seja viciada, ou seja, não é livremente formada pelo agente. Nas circunstâncias em que a ameaça é irresistível não é exigível que o agente se oponha a essa ameaça — que tem de ser grave —, para se manter em conformidade com o Direito. IN: BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627109. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 06/03/2024, p. 239.

⁸² Erro de tipo é o que recai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime. É a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal. [...] Erro de proibição, por sua vez, é o que incide sobre a ilicitude de um comportamento. O agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta, quando, na realidade, ela é ilícita. O objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. O agente supõe permitida uma conduta proibida. O agente faz um juízo equivocado daquilo que lhe é permitido fazer em sociedade. IN: BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627109. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 06/03/2024, p. 252.

⁸³ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal: **Erro sobre elementos do tipo** - Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. **Descriminantes putativas** - § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo. **Erro determinado por terceiro** - § 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

“está na mira”. O instrumento efetua o disparo matando, na verdade, desafeto do autor mediato, não, a pessoa pretendida.

Sob esse aspecto, nos termos da legislação brasileira, ainda que o atirador tenha sido mero instrumento para o autor mediato, em princípio, ambos responderiam pelo delito na forma do já mencionado § 2º, somado ao § 3º, do artigo 20 do Código Penal⁸⁴.

Ainda, Roxin trabalha o *erro sobre a quantidade do injusto*, tendo por fundamento o *conhecimento superior* do homem de trás, suficiente para impor sua vontade, transformando o homem da frente em mero fantoche. Com base nesses exemplos, o jurista trabalha com a possibilidade de um homem da frente e um homem de trás, ambos, plenamente responsáveis.

Para ilustrar essa situação, Luís Greco menciona o seguinte exemplo: “homem da frente se prontifica a destruir determinada obra de arte seguindo orientação do autor mediato, supondo tratar-se de uma cópia, quando, na verdade, aquele sabe que se trata de obra de arte original”⁸⁵. Trata-se de situação em que há um autor por trás do autor em que presente o erro qualitativo por parte do executor. Consciente de que pratica o crime de dano, porém sem o conhecimento necessário em relação ao objeto danificado.

No Brasil, a responsabilização do homem de trás, quando presente um homem da frente também responsável, não é nenhuma novidade, vez que o artigo 62, inciso I do Código Penal dispõe que a pena será agravada em relação ao agente que “promove, ou organiza a cooperação no crime, ou dirige a atividade dos demais agentes”. Do mesmo modo, será punido aquele que “instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade”, na forma do inciso III, do referido dispositivo legal.

Sob esse aspecto, mesmo quando o agente é considerado um instrumento punível, para que o agente por trás seja qualificado como autor mediato, é necessário que ele tenha o controle sobre a geração do resultado, que configura a lesão ao bem jurídico. Esse controle envolve a capacidade de comandar o instrumento punível em suas relações fático-sociais voltadas para o resultado, considerando sua vinculação ao fato⁸⁶.

No que se refere ao instrumento responsável, a forma de autoria mediata implementada

⁸⁴ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal: **Erro sobre a pessoa** - § 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

⁸⁵ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26-27.

⁸⁶ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. 1ª edição. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2014. E-book. ISBN 9788502210097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 22/06/2024, p. 220.

por Roxin que gera maiores questionamentos e que é a mais relevante ao nosso estudo, é o chamado domínio do fato por meio de um *aparato organizado de poder*.

Considerando a elevada importância do tema para o presente trabalho, trataremos em ponto apartado dos demais para melhor esmiuçar essa espécie de domínio da vontade.

3.3.1 Do domínio da vontade por meio de aparatos de poder

A terceira espécie de autoria mediata foi proposta por Roxin, originalmente, em 1963, na revista *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*⁸⁷. Trata-se de mais uma hipótese de autoria mediata na qual o executor é plenamente responsável por seus atos, respondendo por eles da mesma forma que o autor mediato. Entretanto, o que caracteriza a autoria mediata é a manutenção da relação vertical entre o autor e o executor, verticalidade essa mantida em razão do domínio do aparato organizado.

Conforme explica Souza, cuida-se, de doutrina para fundamentar a punição como autor mediato daqueles que se encontram no ápice ou nas instâncias intermediárias retransmissoras (*top-down*) de uma ordem para delinquir, em uma estrutura organizada de poder à margem do Estado de Direito. Em tais hipóteses, observa-se que quem se encontra na “ponta final” da cadeia de comando, realizando a conduta de maneira plenamente responsável, deve ser considerado autor imediato⁸⁸.

Cumprе destacar que os estudos de Roxin sobre essa temática, tiveram como pano de fundo o julgamento de *Adolf Eichmann*⁸⁹, um dos responsáveis pela implementação da

⁸⁷ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 27.

⁸⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SUA APLICAÇÃO NA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS – “CONTROL OVER THE ACT-THEORY” AND ITS APPLICATION IN CORPORATE CRIMINALITY: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 105/2013. p. 59-92. Nov-Dez/2013. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal. vol. 2/2019. Jan/2019. DTR/2013/11625, p. 5. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89a874000001928d35e242b94e49ba&docguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000&hitguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000&spos=5&epos=5&td=7&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25/08/2024.

⁸⁹ Otto Adolf Eichmann, pertencente ao SS-Obersturmbannführer, no posto de tenente-coronel da Alemanha Nazista. Foi um dos principais organizadores do Holocausto. Eichmann foi designado pelo SS-Obergruppenführer (general/tenente-general) Reinhard Heydrich para organizar a logística das deportações em massa dos judeus para os guetos e campos de extermínio das zonas ocupadas pelos alemães no Leste Europeu durante a Segunda Guerra Mundial. Em 1960, foi capturado na Argentina pela Mossad, o serviço secreto de Israel. Após um julgamento de grande publicidade em Israel, foi considerado culpado por crimes de guerra e enforcado em 1962.

“Solução Final” durante a Segunda Guerra Mundial, cuja responsabilidade penal poderia se tornar inadequada à sua gravidade, se lastreada em uma teoria mais “tradicional” do conceito de autor.

Essa forma de enxergar a autoria mediata, calcada por Claus Roxin, não é analisada com foco nas hipóteses de fragilidade do instrumento (excludente da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade), ao contrário, tem por base a total possibilidade de responsabilização do *homem da frente*, assim como do *homem de trás*.

Logo, ao tratar da autoria mediata por aparatos organizados de poder, deve ser descartada, por completo, a atuação do *homem da frente* em razão de coação ou erro. Aliás, Roxin menciona que ao investigar a documentação dos processos de Nuremberg, não foi encontrado nenhum caso de pena capital àquele que se negou a aplicar a “Solução Final” contra os judeus, durante a Segunda Guerra Mundial. No máximo, nota desfavorável no processo, recusa de promoção ou transferência. Não foram confirmadas consequências mais graves, nem mesmo ameaças de pena de morte ou de prisão num campo de concentração. Essa circunstância serviu de sustentação à hipótese de responsabilização daqueles também considerados autores mediatos à frente de outros autores mediatos⁹⁰.

Nesse contexto, os estudos de Roxin se mostram fundamentais para a compreensão dessa hipótese de autoria mediata, para que não se confundam os institutos da coautoria ou mesmo da participação. Para tanto, inicialmente, tomamos como breve referência, a brilhante sintetização de Luís Greco sobre a autoria mediata por aparatos organizados de poder:

Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados. Isso significa que pessoas em posições de comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas são autores mediatos, o que está em conformidade não apenas com os parâmetros de imputação existentes na história, como com o inegável fato de que, em estruturas verticalizadas dissociadas do direito, a responsabilidade tende não a diminuir e sim a aumentar em função da distância que se encontra um agente em relação ao acontecimento final⁹¹.

⁹⁰ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Directo Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239.

⁹¹ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 28. Acrescenta o citado autor que: Isso não significa, obviamente, que os executores sejam meros partícipes, como decidira a jurisprudência no caso Staschinsky, acima mencionado. Como já foi dito, quem realiza de mão própria todos os elementos de um tipo tem o domínio sobre a ação e, portanto, é sempre autor.

Assim, para sistematizar a hipótese de *autoria mediata por aparatos organizados de poder*, Roxin nos apresenta os seguintes pressupostos: a) o poder de comando dentro de uma organização verticalmente estruturada; b) organização desvinculada / dissociada do direito; e c) fungibilidade do executor direto com disposição essencialmente elevada para praticar fato.⁹²

Com relação a este último pressuposto, cabe um adendo: em sua obra original, Roxin apenas mencionava a fungibilidade do executor direto. Contudo, como menciona Pablo Alflen, o pressuposto da disposição “essencialmente elevada dos executores ao fato” somente foi mencionada em palestra proferida em 2006⁹³.

3.3.1.1 Dos pressupostos caracterizadores da autoria mediata por aparatos organizados de poder

a) Do poder de comando

Ao definir esse pressuposto, Claus Roxin faz referência ao *homem de trás* que, para figurar como autor mediato, deve possuir integralmente o domínio do fato, sob pena de se tornar mero instigador ou indutor.

Esse poder de comando impõe que o superior hierárquico tenha a capacidade de exercê-lo de modo que suas ordens sejam efetivamente cumpridas. Somente pode ser autor mediato o integrante de uma organização fortemente dirigida que exerce o violento poder de comando para materializar a realização de um fato típico⁹⁴.

Portanto, a utilização de uma teoria subjetiva *extremada*, focada no *animus auctoris*, *animus socii* ou ainda, no *interesse* dos envolvidos, se mostra insuficiente para a definição da espécie de autoria pretendida por Roxin. Isto porque autor é aquele que deseja o fato como próprio (*animus auctoris*), enquanto partícipe deseja apoiar o fato alheio (*animus socii*), de tal modo que a distinção entre os agentes é baseada na atitude interna de cada um deles, revelando-

⁹² ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Direito Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 692.

⁹³ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502210097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 14/02/2024, p. 142.

⁹⁴ FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa; ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de. Transplante Legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Legal transplants: the domain of organization in Claus Roxin and in the Supreme Court. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 197/ 2023, p. 155-184. Jul-Ago/2023. DTR\2023\6794, p. 5. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89bbf7000001928c1e9ec3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

se vaga e arbitrária, devendo o tipo ser concebido como uma ação humana⁹⁵.

Nesse ponto, merece destaque o alerta de Roxin no sentido de que é necessário o estabelecimento de parâmetros objetivos, capazes de distinguir o autor mediato, que se vale de um aparato organizado, do conceito de participação.

Para tanto, menciona que intuitivamente é possível tomar uma concepção de “domínio do fato”, nos casos em que uma autoridade superior, responsável pelo extermínio em massa de judeus ou a liderança de um serviço secreto encarregado de realizar atentados políticos tem o controle sobre a realização do resultado. Muito diferente do que ocorre em relação a um mero indutor. Indubitavelmente aqueles ocupam uma posição central nos acontecimentos, não podem ser equiparados a meros instigadores comuns⁹⁶.

Apesar da menção a critérios objetivos, com base no próprio exemplo do autor, a definição do autor mediato que se vale de aparatos organizados de poder, não se mostra como algo simples, de tal modo que se não apresentadas bases sólidas para sua distinção, o agente poderá ser facilmente confundido como mero indutor (partícipe) ou ainda como coautor.

Assim, como exemplos dessa forma de autoria, Roxin menciona os indivíduos destacados como os líderes de governos totalitários, organizações terroristas ou até mesmo organizações criminosas, mafiosas, agentes que, de alguma forma, figuram posições de comando dentro dessas estruturas verticalizadas.⁹⁷

Nessa senda, com o claro intuito enfatizar esse “poder de comando”, Roxin faz uso de situação extrema, ou seja, da forma como peculiarmente estruturado o aparato, para que assim seja elevada a característica do agente, que deixa de ser mero indutor ou instigador, passando a se tornar verdadeiro autor mediato, de modo a ter para si o domínio do fato.

O aparato, portanto, estaria à disposição do agente por trás dele, de modo que esse agente detenha o total funcionamento de suas engrenagens que se movem de forma “automática”, independentemente da figura do executor.

Do ponto de vista do autor mediato, ainda que o executor responda como autor imediato dos fatos, este deverá ser plenamente fungível à vontade daquele, substituível dentro da estrutura de poder sob o comando do homem de trás. É esse “poder de comando” que o leva para o centro dos acontecimentos. É a certeza da execução do ato, independentemente de quem

⁹⁵ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 52-53.

⁹⁶ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Directo Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 239-240.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 692.

seja o executor, que traz o autor mediato para o centro do evento delituoso.

Em outras palavras, para que esse *homem de trás* detenha o poder de comando é necessário que ele dirija uma organização rigorosamente estruturada e hierarquizada, voltada para o cometimento de infrações penais à sua vontade.

Deve esse personagem valer-se dessa estrutura, por ele profundamente conhecida, para a prática de ilícitos criminais. A atuação do homem da frente, ainda que responsável pela execução, deve estar voltada ao cumprimento da vontade do homem de trás, de tal sorte que ambos sejam colocados no centro do acontecimento.

Nas palavras de Roxin: “o executor, porém, é ao mesmo tempo, uma engrenagem – substituível a qualquer momento – na maquinaria do poder, e essa dupla perspectiva impulsiona o sujeito que está atrás dele, junto com ele, para o centro do acontecimento”⁹⁸.

Como anteriormente mencionado, Roxin se vale do caso Eichmann, comandante e representante do alto escalão do exército nazista. Ao cumprir a ordem dos escalões a ele superiores, não se torna apenas o executor, mas também o autor mediato dos homicídios ali praticados, ainda que sob as ordens de outros *homens de trás*. Portanto, podemos concluir, que a autoria mediata também é possível em níveis hierárquicos sucessíveis entre si.

Sob esse aspecto, não é possível corroborar eventual tese de irrelevância da atuação do acusado nessa complexa engrenagem, sob o pretexto de que caso ele não efetuasse as ordens para a prática do extermínio de judeus, outro o faria em seu lugar. Ratificar tal tese resultaria em clara violação ao próprio princípio da responsabilidade que impõe consequências jurídicas àquele que viola o ordenamento jurídico.

Assim, quem comete um crime em tais circunstâncias, dotado do poder de comando, não pode estar isento de responsabilidade pelo simples fato de que, na sua ausência, outra pessoa o faria, tampouco o isenta da autoria mediata, levando-o à simples participação.

Sob esse aspecto, há plena concordância de Claus Roxin com a decisão do Tribunal Regional de Jerusalém ao desconsiderar a tese da participação de Eichmann como mero indutor. Considerando que o afastamento dele em relação ao executor final, ao contrário do que acontece fora das situações pertinentes aos aparatos organizados de poder, faz aumentar a responsabilidade do autor mediato sobre seus comandados.

A medida de responsabilidade aumenta quanto mais nos afastamos da pessoa cujas mãos

⁹⁸ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Direito Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 240.

operam a arma do crime, e quanto mais nos aproximamos dos cargos mais elevados da cadeia de comando, dos “indutores”. Deve ser considerado autor da ação punível, nestes crimes de proporções gigantescas e múltiplas ramificações, não sendo apropriado recorrer à aplicação dos conceitos comuns de indutor e cúmplice⁹⁹.

Portanto, no que se refere aos aparatos organizados de poder, por estarem dissociados do direito (requisito que veremos mais adiante), ao contrário do que possa parecer, faz aumentar a responsabilidade do agente que emite as ordens, convergindo com a responsabilidade daquele que as executa.

Adverte Roxin, no entanto, que o fundamento empregado pelo Tribunal de Jerusalém para definir a detenção de comando por parte do autor mediato, não se mostra completamente convincente. A impossibilidade de se definir a culpabilidade de cada um dos envolvidos, sobretudo nos crimes de massa, não necessariamente deve resultar na imposição de uma carga de responsabilidade ainda maior aos componentes dos mais altos postos da organização, simplesmente tendo por base o número de vítimas ou o de autores, como no caso de Eichmann, sob pena de resultar na possibilidade de exclusão da responsabilidade individual¹⁰⁰.

Ademais, a imputação não pode se dar simplesmente em razão daquele agente fazer parte de um posto mais elevado da organização, sob pena de esvaziar o conceito de domínio do fato de estarmos diante de uma infração de dever.

Para tanto, deve haver uma verdadeira sinergia entre aquele que profere ordem e o aparato, de tal modo que a ausência de uma das peças desta engrenagem, tais como deserções, atrasos ou qualquer outro motivo, não impeça a execução do delito.

Ademais, a posição do autor mediato, próximo do executor ou na cabeça da organização, é irrelevante para constituí-lo como tal, tendo em vista que o domínio da organização decorre da condução gradual, desde o plano inicial até a efetiva execução, de modo que o líder se mostra como um elo de uma corrente que se estende até alcançar o primeiro, quem dá as ordens.

Em relação à “Solução Final”, Roxin ainda menciona que, aqueles que conscientemente prestaram serviço meramente de apoio, no entanto, sem terem promovido fatos relacionados à execução ou não tenham ordenado nenhum homicídio, devem responder como partícipes dos

⁹⁹ *Ibidem*, p. 241-242.

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Directo Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 242.

delitos¹⁰¹.

Com efeito, sob o contexto da Teoria do Domínio do Fato elaborada por Claus Roxin, podemos concluir, também, que é plenamente possível a ocorrência dos fenômenos da coautoria e da participação em relação aos crimes cometidos no âmbito dos aparatos organizados. É o caso daqueles cuja intervenção se dá em relação ao planejamento (coautoria), aconselhamento, prestação de informações, contudo, sem terem o controle da execução, como acima mencionado (participação).

b) Desvinculação do Direito pelo aparato de poder

O segundo pressuposto estabelecido por Roxin (que apresenta maiores discussões) aponta que o aparato de poder deve estar fora do ordenamento jurídico vigente, tendo em vista que as normas jurídicas estariam acima do agente que emite comandos ilegais, excluindo assim o domínio.

Para existir o domínio da vontade por meio de um aparato organizado de poder, Roxin estabelece duas manifestações típicas, a primeira partindo daqueles que detêm o poder estatal, de tal sorte que a atuação do autor mediato se dá à margem do ordenamento jurídico, como ocorre nos casos de Estados totalitários. Por sua vez, a segunda manifestação está diretamente relacionada aos grupos que, de alguma forma, se opõem ao ordenamento jurídico vigente.

No que tange à primeira, o sistema ou organização deve estar dissociado do direito para possibilitar, com alto grau de certeza, a previsibilidade de sucesso do comando delituoso proferido. Significa dizer a possibilidade do subordinado se negar a cumprir ordem manifestamente ilegal¹⁰².

Assim, o detentor do poder não se subordinaria às suas normas, com a ressalva de que isso se dará quando as garantias do Estado de Direito já não estiverem em vigor. Como exemplo, Roxin refere-se ao período em que a Alemanha estava sob o jugo do Partido Nacional-Socialista

¹⁰¹ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica. Law E-Journal*, no 04, 2009, p. 81. Disponível em: www.panoptica.org. Acesso em: 13/10/2024.

¹⁰² FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa; ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de. Transplante Legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Legal transplants: the domain of organization in Claus Roxin and in the Supreme Court. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 197/2023, p. 155-184. Jul-Ago/2023. DTR\2023\6794, p. 5. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89bbf7000001928c1e9ee3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

dos Trabalhadores Alemães.

Contudo, salienta o jurista alemão, não significa que a atuação desses agentes se dê completamente desvinculada do Direito, tendo em vista que, de certo modo, continuam vinculados a determinados valores fundamentais, até mesmo para manterem-se no controle, de tal sorte que essa vinculação não tem o condão de conter o poder exercido sobre o aparato, que se mantém em pleno funcionamento¹⁰³.

Considerando a necessidade de maiores esclarecimentos no que se refere ao pressuposto de desvinculação do aparato para com o ordenamento jurídico vigente, Roxin publicou artigo chamado “O domínio por organização como forma independente de autoria mediata”. Como exemplo, Claus Roxin menciona as medidas tomadas pela DDR¹⁰⁴ e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista que se moveram em muitos setores dentro do direito vigente. Porém, o “impedimento de fuga da República através de disparos mortais” ou a assombrosa “solução final” para o problema relativo aos judeus, caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do direito¹⁰⁵.

Com efeito, ainda que a organização atue dentro do ordenamento jurídico, é possível que parte dela, agindo como um todo apartado, atue em completa afronta ao Direito, cabendo ao *homem de trás* garantir o resultado pretendido pela organização, circunstância que faz dele autor mediato. Na tentativa de melhor esclarecer o pressuposto, Roxin ainda consigna que as condutas devem ser analisadas sob as lentes do atual sistema jurídico, não sob aquela na qual o autor mediato estava inserido.

Para a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema. Os assassinatos no muro eram condutas desvinculadas do direito, ainda que o dirigente estatal da DDR tivesse outra opinião a respeito disso. Consequentemente, os assassinatos em massa do regime nazista, estariam desvinculados do direito, ainda que publicamente com base no regime vigente à época em que proferidas¹⁰⁶.

A segunda manifestação típica, no que se refere à desvinculação do aparato ao Direito,

¹⁰³ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica. Law E-Journal*, no 04, 2009, p. 81. Disponível em: www.panoptica.org. Acesso em: 24/01/2023.

¹⁰⁴ Deutsche Demokratische Republik (DDR). República Democrática da Alemanha (Alemanha Oriental), na época controlada pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica. Law E-Journal*, no 04, 2009, p. 69-94. Disponível em: www.panoptica.org. Acesso em: 24/01/2023.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 81-82.

está diretamente relacionada aos grupos que, de alguma forma, se opõem ao ordenamento jurídico vigente. Como exemplos de tais manifestações, Roxin menciona os movimentos clandestinos, organizações secretas, grupos terroristas, organizações criminosas e grupos similares.

Nessas estruturas, os executores estão vinculados às ordens emitidas por aqueles que as encabeçam, cujo domínio é plenamente reconhecido pelo executor, de tal forma que não atuam por conta própria, mas sempre como parte da engrenagem do aparato. Desta forma, o ato praticado pelo executor “final”, independentemente de quem o seja, fará com que o resultado seja atribuído àquele que ocupa o domínio da organização.

Conforme retrata Roxin, o fato de que tais grupos estejam sujeitos ao sistema de justiça criminal, a estrutura da autoria não é diferente da do primeiro caso. O decisivo não é que a prática dos crimes possa ser combatida por resistências localizadas fora da estrutura organizacional, mas que os membros não atuem por conta própria, mas antes como órgãos da gestão de topo, cuja autoridade reconhecem¹⁰⁷.

A simples escolha de um líder, no entanto, não é suficiente para a caracterização de um aparato organizado de poder, pois deve haver a existência do aparato independentemente da alteração dos membros que o compõe.

Na fórmula apresentada, pressupõe que esse grupo, além de não estar diretamente vinculado ao Estado, possa ser caracterizado por representar um “Estado dentro do Estado”, com a finalidade de infringir as normas penais. Trata-se de um dos pressupostos que mais resultam discussões, sobretudo quanto à possibilidade de empresas figurarem, ou não, como aparatos organizados de poder, cerne do nosso trabalho.

Contudo, com fundamento nos parâmetros estabelecidos por Roxin, de plano, é possível concluir que o jurista alemão é totalmente contrário à vinculação das organizações empresariais a essa modalidade de autoria mediata. Estabelece Roxin que, a partir do momento em que o aparato se move pelos canais preestabelecidos pelo Direito vigente, toda a estrutura tende a manter a prática daquilo que é permitido pelo ordenamento jurídico e, caso seja dada uma ordem ilegal, esta não alcançará o fim criminoso almejado através do aparato, ressalvada atitude de seus agentes de forma particular.

Portanto, para o autor, em sendo atrelado ao Direito, não é o aparato que, por meio de

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Direito Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 245.

suas “engrenagens”, permitem o acontecer injusto, mas os atos de seus próprios agentes, particulares, individuais, que, divorciados dele, o determina. Logo, estariam esses agentes atuando não em sintonia com o aparato, mas contra ele, o que leva à total exclusão do domínio da organização.

c) Fungibilidade do executor direto

O terceiro pressuposto para caracterização da autoria mediata por aparatos organizados de poder é trabalhado de maneira mais profunda por Roxin em seu artigo “O domínio por organização como forma independente de autoria mediata”, de 2009.

Tem por característica uma ampla gama de pessoas pertencente à organização que podem executar as determinações do *homem de trás*, circunstância em que a impossibilidade do cumprimento da ordem não impede a execução do delito, tendo em vista a imediata substituição por outro, que também se encontra à disposição.

O indivíduo atua na condição de engrenagem pertencente a um maquinário com funcionamento autônomo e pluralidade de atores. A execução é esperada com relativa certeza pelo superior, associada à existência do poder de mando legitimado pela instituição.¹⁰⁸

Denota-se que a fungibilidade do executor direto ocorre de maneira praticamente automática. Em outras palavras, quando a substituição do agente para a prática do delito, em favor do aparato organizado de poder, se dá sem a necessidade de intervenção particular do autor mediato. Para que a organização funcione, é certo que sempre haverá alguém que irá atuar na execução da infração penal, tornando irrelevante “quem” irá executar a tarefa, mas apenas que ela será executada para garantir o integral funcionamento do aparato.

A fungibilidade tem fundamento nas estruturas hierárquicas típicas de organizações criminosas, compostas de lideranças centralizadoras no topo, agentes de nível intermediário e executores na base da pirâmide¹⁰⁹.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa, e ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de. Transplante Legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Legal transplants: the domain of organization in Claus Roxin and in the Supreme Court. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 197/2023, p. 155-184. Jul-Ago/2023 DTR\2023\6794, p. 5. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89bbf7000001928c1e9ee3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

Rebatendo as críticas, em resposta à Renzikowski, Roxin sustenta que o instrumento é a própria organização, o aparato utilizado para a prática do fato, não o executor, que será plenamente substituível dentro dessa estrutura. Assim, nesse modelo, a existência de diversos executores possíveis é a garantia do integral cumprimento das determinações do autor mediato e o resultado pretendido¹¹⁰.

Em relação à objeção apresentada por Schroeder, se a organização necessita de um executor especialista para a realização do fato, não há falar em autoria mediata por aparatos organizados de poder, tendo em vista a descaracterização da fungibilidade entre os executores. Para Roxin, tal situação não faz cair por terra a espécie de autoria mediata, ao contrário, ratifica o pressuposto por ele estabelecido¹¹¹.

Ainda, diante da crítica de Herzberg, na qual apresenta a hipótese em que o executor decide não dar cumprimento à ordem emanada pelo autor mediato, situação que colocaria, exclusivamente, o domínio do fato nas mãos do executor final, Claus Roxin menciona que se trata de contexto isolado e incomum em organizações criminosas.

Esse fato se revela como uma pane do aparato, cuja ocorrência, se comum fosse, resultaria na própria incapacidade de funcionamento do instrumento.¹¹² O que não é o caso quando o jurista menciona os assassinatos em massa nos campos de concentração, bem como o fato dos disparos mortais efetuados no muro de Berlim.

Em ambos exemplos, o aparato encontra-se estruturalmente organizado para que o resultado seja alcançado. No primeiro, a recusa do executor não impede que outro agente “pressione o botão” que libere o gás mortal contra os judeus. Já no segundo caso, houve a criação de um sistema de vigilância mútua por sentinelas em busca de evitar as fugas da Alemanha Socialista, ou seja, ainda que uma delas tenha errado o tiro ou desviado o olhar, a outra será plenamente capaz de evitar que a fuga ocorra.

Entretanto, considerando os apontamentos apresentados quanto à fungibilidade do executor, conforme havíamos mencionado anteriormente, Claus Roxin compreendeu a necessidade de acrescentar outro pressuposto que toca diretamente a atuação do executor responsável.

¹¹⁰ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica. Law E-Journal*, no 04, 2009, p. 83.

¹¹¹ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica. Law E-Journal*, no 04, 2009, p. 83.

¹¹² *Ibidem*, p. 84.

d) Disposição essencialmente elevada dos executores ao fato

Este pressuposto somente foi acrescentado por Roxin em 2006, quando apresentado em uma de suas palestras¹¹³, uma vez que, originalmente, Roxin não fazia referência a ele em sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft*. Posteriormente, foi materializado em 2009, no já mencionado artigo “O domínio por organização como forma independente de autoria mediata”.

Em relação a esse aspecto, essencial à tese firmada por Roxin, os executores estariam vinculados a certos fatores dentro da estrutura organizacional, capazes de influenciar a vontade de cada um deles para a prática do delito. Esses fatores de influência, no entanto, dependerão tanto da organização da qual fazem parte, como também do próprio indivíduo na posição de executor.

A integração a uma organização gera uma tendência à adaptação, levando seus membros a aderirem de forma irrefletida a comportamentos que normalmente não adotariam. Além disso, há um zelo excessivo motivado por ambição, ostentação, deslumbramento ideológico ou impulsos sádicos e criminosos, que os membros acreditam poder praticar impunemente¹¹⁴. Assim, independentemente de qual seja o móvel que tenha levado o executor a buscar o resultado pretendido pelo autor mediato, o cumprimento das ordens se daria de forma espontânea (sem erro, coação ou indução), sempre considerando o interesse final daquele por meio do aparato.

Como bem explica Pablo Alflen, esse executor está exposto a diversas influências específicas da organização, que de forma alguma eliminam sua responsabilidade, mas o tornam "mais disposto ao fato" do que outro possível delinquente. Nesse contexto, essas influências aumentam a chance de o resultado ocorrer por meio de uma ordem, reforçando o domínio do fato do homem de trás¹¹⁵.

Em outras palavras, o executor “deseja” alcançar o resultado em prol da organização da qual faz parte, seja motivado por fatores sociológicos dentro da estrutura (evitar o desprezo dos comparsas) ou mesmo egoísticos, de modo que a prática do ato poderá resultar a perda da

¹¹³ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 142. E-book. ISBN 9788502210097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 13/03/2024.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica. Law E-Journal*, no 04, 2009, p. 86.

¹¹⁵ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 142. E-book. ISBN 9788502210097, p. 142.

posição (caso a ela se oponha) ou o fará ascender dentro do aparelho criminoso.

Para Roxin, essas diversas combinações de fatores não eximem o executor direto de culpa e responsabilidade, e em certas situações, podem até as amplificar em vez de diminuí-las. Contudo, todas essas influências convergem em criar uma predisposição dos membros da organização para a execução do ato. Esse aspecto, somado à capacidade de substituição pelo agente que atua nos bastidores, torna-se um elemento essencial de segurança, permitindo a esse agente confiar que suas ordens serão cumpridas¹¹⁶.

Com efeito, Claus Roxin faz verdadeira distinção entre o executor que age isoladamente e aquele que atua em um aparato organizado de poder, considerando que o último está envolto em uma estrutura que o leva à prática da conduta delituosa, cujas circunstâncias o faz aderir conscientemente à organização.

Tem como fatores de motivação a ascensão hierárquica, a ideologia representada pelo aparato, questões financeiras, ostentação, etc. Como bem menciona o jurista alemão, a integração de uma organização provoca, como tal, uma tendência à adaptação¹¹⁷. Ademais, o aparato faz o executor crer, sem sombra de dúvidas, que, se ele não atender à ordem, qualquer outro membro o fará, levando-o a temer pela perda de sua posição junto ao sistema no qual integra, ou ainda, poderá realizar o fato movido pela certeza da impunidade.

Nessa senda, todos esses fatores conduzem o executor “a uma disposição condicionada dos membros da organização ao fato” que, conjuntamente com a fungibilidade, formam “um elemento essencial de segurança”, sobre o qual o homem de trás pode confiar no cumprimento de suas ordens”¹¹⁸.

Cumprido salientar que esse quarto pressuposto deixou de existir de modo autônomo, tendo em vista que a obra de Roxin, em sua última atualização (2015), retorna o entendimento inicial do autor e estabelece apenas os três pressupostos iniciais, aptos a caracterizar autoria mediata em aparelhos organizados de poder¹¹⁹.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica. Law E-Journal*, no 04, 2009, p. 86.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 86.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 143.

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa, e ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de. Transplante Legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Legal transplants: the domain of organization in Claus Roxin and in the Supreme Court. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 197/2023, p. 155-184. Jul-Ago/2023. DTR\2023\6794, p. 5. Disponível em: <https://www.revistadoistribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0a89bbf7000001928c1e9ee3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7c>

Independentemente da adoção autônoma dos critérios elencados, apenas quando do preenchimento de todas essas condições, para o jurista alemão, é possível a identificação da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder.

É de se notar, para o Direito Penal, que a teoria de Claus Roxin traz contornos modernos à autoria, considerando a complexidade da prática criminosa e os avanços das organizações que se valem do crime e de suas próprias estruturas, cada vez maiores, dinâmicas e hierarquizadas para o alcance dos seus objetivos.

Contudo, conforme já mencionado, o autor manifestou-se em sentido contrário à aplicação da autoria mediata por aparatos de poder aos crimes praticados por meio de empresas, ainda que o *Bundesgerichtshof* (BGH)¹²⁰, a utilize em relação aos delitos praticados por meio da atividade empresarial.

3.4 Das críticas à teoria de Claus Roxin sobre a autoria mediata por aparatos organizados de poder

Como não poderia ser diferente, a teoria de Roxin foi submetida a diversas críticas, oportunidade em que buscou rechaçá-las, de modo que, em determinado momento, entendeu necessária até mesmo a inclusão de mais um pressuposto para a concretização de sua teoria. Pressuposto esse que, posteriormente, perdeu sua autonomia em reedição de sua obra no ano de 2015, conforme anteriormente mencionado.

Assim, além da resposta do jurista à tais críticas, entendemos ser necessário trazer à colação o ponto de vista de seus críticos em relação à cada um dos requisitos estabelecidos por Roxin, até mesmo para fundamentarmos a possibilidade da aplicação às organizações empresariais.

No que se refere ao *poder de comando dentro de uma organização verticalmente estruturada*, não é incomum a alegação de incompatibilização desse pressuposto com a ideia de autoria mediata. Para Roxin, em relação ao aparato, o efetivo executor das ordens é um agente *plenamente responsável*, de tal modo que atua com dolo, sem qualquer espécie de

dc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 01/10/2024.

¹²⁰ Bundesgerichtshof, BGH – Tribunal de Justiça Federal da Alemanha. É a mais alta corte do sistema de jurisdição ordinária na Alemanha.

coação, tampouco incide em erro, situação que para seus críticos se aproximaria muito mais da coautoria ou mesmo da posição de instigador.

Günther Jakobs sustenta que a execução de determinada ordem emitida por terceiro, faz com que este assuma, juntamente com o executor, a condição de coautor, pois o faz de maneira responsável. Ao contrário de Roxin, que reputa imprescindível a existência de um plano em comum e a presença dos agentes quando da prática do delito, Jakobs entende que tais elementos seriam dispensáveis. Para ele, ainda que a figura típica seja praticada no interior do aparato organizado de poder, aquele não constitui instrumento algum¹²¹.

No mesmo sentido é a posição de Francisco Muñoz Conde, pois, em que pese o agente não participar diretamente da execução do ilícito, sua relevância se dá em razão da posição que ocupa na estrutura da organização, sobretudo como detentor do domínio do fato, ainda que não atue diretamente para a realização da infração penal. Assim, para o jurista espanhol, independentemente de o agente compor a estrutura da organização, seja nas camadas mais próximas do executor, ou mesmo na liderança da organização, a ele deve ser atribuída a coautoria¹²².

Essa coautoria, no entanto, não descartando por completo a tese roxiniana, refere-se a uma espécie de “coautoria-mediata”, tendo em vista que, no plano vertical possui as características da relação hierárquica e da fungibilidade de meros executores; mas, por outro lado, no plano horizontal tem características de coautoria, ou seja, atua de acordo com um plano comum, na distribuição de papéis e funções, alguns de natureza organizacional, outros de caráter mais próxima da execução, mas não necessariamente na execução em si¹²³.

Ponto de grande relevância sobre as críticas à teoria formulada por Roxin é aquele manifestado por Jescheck, ao sustentar a ausência de uma relação de inferioridade do executor em relação ao homem detrás, situação que contrasta com a relação de dominância daquele sobre

¹²¹ JAKOBS, Günter. Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Eds.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima-Peru: Ara Editores, 2010, p. 108.

¹²² MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? **Revista Penal**, Salamanca, n. 9, p. 59-98, ene. 2002. cit. p. 67.

¹²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 100/2013. p. 175-210. Jan-Fev/2013. DTR\2013\398. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a8997f400000192ce11877559a19141&docguid=I1a48c910645d11e2bdc2010000000000&hitguid=I1a48c910645d11e2bdc2010000000000&spos=44&epos=44&td=45&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25/09/2024.

o executor, conforme delineada por Claus Roxin¹²⁴. Ao realizar a conduta com as próprias mãos, o executor se torna completamente responsável pelos seus atos, de tal modo que, para serem alcançados os objetivos da organização, dever haver uma consonância e consciência entre os atos dos dirigentes da organização e de seus executores para perfectibilização dos planos outrora elaborados¹²⁵.

Por outro lado, há doutrinadores como Friedrich-Christian Schroeder, Dino Carlos Caro Coria, Patricia Faraldo Cabana que, apesar de acolherem a teoria de Claus Roxin, atribuem a ela certa fluidez e até mesmo a prescindibilidade de alguns requisitos, apesar de serem inalienáveis ao jurista alemão.

Em relação à fungibilidade do executor, segundo Schroeder, não é a partir dela que permite a identificação da autoria mediata por aparatos organizados de poder, mas uma *predisposição* do executor em cometer o tipo penal, crítica essa que, como vimos, fez com que Roxin acrescentasse um requisito à sua teoria¹²⁶. Ainda, argumenta que, caso o executor detenha característica especial, essencial ao cometimento do tipo penal, não se faria presente a substitutibilidade, o que tornaria a fungibilidade impossível.

Patricia Faraldo Cabana, salienta que a característica do *automatismo*, essencial ao funcionamento do aparato organizado de poder, não se confunde com a total ausência de liberdade para agir do executor imediato. Para a jurista, esse pressuposto deve ser entendido como uma “máquina”, com potencialidade concreta para funcionar de forma independente em busca do resultado criminoso¹²⁷. No mais, dentre os pressupostos que mais são suscetíveis a questionamentos, está a *desvinculação da organização ao Direito*, requisito de grande relevância temática ao presente trabalho, sobretudo quanto à possibilidade de adequação a organizações empresariais.

Como vimos anteriormente, para Claus Roxin, quando o sistema opera dentro dos limites legais, há uma tendência natural para que este mantenha a conformidade com o que é permitido pela lei. Se uma ordem ilegal for emitida, ela geralmente não resultará no crime desejado, a menos que os agentes ajam de maneira particular, não havendo assim domínio do

¹²⁴ JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal:** parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 716.

¹²⁵ JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal:** parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 73.

¹²⁶ SCHROEDER, Friedrich-Christian. Disposición al hecho versus fungibilidad. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Eds.). **La autoria mediata:** el caso Fujimori. Lima-Peru: Ara Editores, 2010, p. 118.

¹²⁷ FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas:** la autoria mediata com aparatos organizados de poder. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. (Monografias, n. 302), p. 92.

fato pertinente ao *homem de trás*.

Segundo esse pressuposto, somente é possível a identificação da autoria mediata por aparato organizado de poder quando aquele estiver apartado do Direito, do contrário, ao estar vinculado ao ordenamento jurídico vigente, estará subordinado às suas normas, logo não há domínio da vontade do ente por parte do homem de trás. Significa dizer que, somente aquelas organizações criminosas em sua essência, paraestatais ou terroristas, poderiam dar azo a essa espécie de autoria mediata.

Entretanto, a ideia de desvinculação do Direito, sobretudo no que se refere às entidades paraestatais (privadas), merece algumas considerações que, aparentemente, não são esclarecidas pelo autor em sua teoria.

Como é sabido, ao tratar dessa espécie de domínio da vontade, Roxin se valeu de dois contextos fundamentais: *a solução final – caso Eichmann* e *o caso dos tiros mortais* envolvendo a fuga de pessoas da Alemanha socialista. Em ambos os casos, segundo a teoria estabelecida, a responsabilidade do autor mediato era resultante de um aparato que, diante das atrocidades cometidas, estariam eles desvinculados do Direito, de tal modo que, presentes os demais pressupostos, era possível punir o mandante a título de autoria mediata.

O problema inicial, em relação a esse pressuposto, é sobre qual Direito menciona Roxin. Isto porque, a conduta dos agentes, em ambos os casos, era decorrente de ordens, até então, calcadas na legalidade do regime jurídico imposto, tanto no período do regime capitaneado pelo Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, como também daquele decorrente da República Democrática Alemã, sob influência da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Nestes termos, vale a crítica de Jan Schlösser, ao afirmar que a questão da dissociação do ordenamento deve ser levantada antes, no controle de antijuridicidade da ação, não devendo ser tratada como parte da delimitação das formas de concurso de agentes¹²⁸. Em outras palavras, estavam aqueles agentes lastreados no Direito, sobretudo sob uma perspectiva Kelseneana, ou seja, no Direito Positivo. Assim, o divórcio do aparato com o Direito, merece ser entendido

¹²⁸ SCHLÖSSER, J. Soziale Tatherrschaft. Berlin: Dunker & Humblot, 2004, p. 159. IN: FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa, e ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de. Transplante Legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Legal transplants: the domain of organization in Claus Roxin and in the Supreme Court. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 197/2023, p. 155-184. Jul-Ago/2023. DTR\2023\6794, p. 5. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89bbf7000001928c1e9ec3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

como aquele pertinente a uma espécie de *Direito Natural*, ou seja, não escrito ou posto, *suprapositivo*.

Nesse sentido é o entendimento de Kai Ambos, ao propor que tal desvinculação deve ser analisada sob duas perspectivas: a primeira sob o Direito Positivo, escrito ou posto; enquanto a segunda, sob um Direito Natural ou *suprapositivo*, não escrito¹²⁹.

Com efeito, para Kai Ambos, seria necessária a observância de outras duas formas de desvinculação do Direito, sendo uma mais clara e palpável, como uma barreira normativa à execução da ordem que deve ser cumprida (*stricto sensu*). Por outro lado, tendo como pressuposto a lesão a direito positivo, reconhecível por um executor mediano ou, em todo caso, deve ser considerada reconhecível – no sentido de uma ficção necessária para o Estado¹³⁰.

Portanto, Kai Ambos sustenta critérios mais objetivos para dar corpo ao pressuposto de *desvinculação do Direito* elaborado por Roxin, de tal modo que, somente seria possível caracterizar essa desvinculação, se ao *direito positivo*. Atrelá-lo ao direito *suprapositivo*, ante a ausência de critérios precisos, faz com que esse pressuposto seja até mesmo dispensável.

Nesse contexto, os argumentos de Kai Ambos, ao nosso ver, acabam por trazer à tona uma nova perspectiva e alcance da teoria de Roxin. Portanto, podemos identificar entes que, apesar de atrelados ao ordenamento jurídico vigente, a ele estão vinculados para subrepticamente valerem-se de uma aparência de legalidade e, de certa forma, mascarar atividades que, ao fim e ao cabo, em verdade, são violadores de um Direito Natural.

Cumprе salientar que Roxin enxerga a ideia de um direito suprapositivo como uma atribuição do Direito Internacional, responsável por assegurar valores universais, identificando violações, ainda que legitimadas por instituições de direito interno¹³¹.

Eva Fernández Ibañez¹³², por sua vez, sustenta a exclusão do requisito proposto por Claus Roxin, defendendo a possibilidade de caracterização do ente como aparato organizado de

¹²⁹ AMBOS, Kai. **A parte geral do direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática**. Ed. brasileira refor. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 272.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 272.

¹³¹ FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa, e ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de. Transplante Legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Legal transplants: the domain of organization in Claus Roxin and in the Supreme Court. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 197/2023, p. 155-184. Jul-Ago/2023. DTR\2023\6794, p. 5. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89bbf7000001928c1e9ee3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

¹³² FERNANDEZ IBAÑEZ, Eva. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. Granada: Editorial Comares, 2006, p. 201-202.

poder, ainda que aquele não se encontre apartado do ordenamento jurídico. Em outras palavras, ainda que tais organizações estejam de algum modo vinculadas ao Direito, se presentes a fungibilidade, a hierarquia entre os executores e o líder da organização, bem como o consequente automatismo, é possível a aplicação de sanção penal contra aquele, diante da caracterização da autoria mediata e do próprio aparato organizado de poder.

Condutas como as de Hitler, para Fernández Ibañez, ao contrário do que é defendido por Roxin, se encontravam albergadas por estruturas jurídicas, pois, de alguma maneira, a execução era efetivada por pessoas que, livre e espontaneamente, cumpriam as ordens de seus superiores, respaldados por entes vinculados ao ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, o entendimento apresentado, se aproxima daquele veiculado por Kai Ambos, no que se refere à vinculação a um Direito positivo ou suprapositivo.

Há ainda críticos que sustentam que o pressuposto da desvinculação do Direito, apesar de se revelar como uma das características do domínio da vontade, será eventual, não se apresentando como um elemento imprescindível, ao contrário do que é estabelecido por Roxin.

A ausência dessa condição não resultaria na impossibilidade de punição do autor mediato responsável pela liderança da organização, no que se refere às infrações penais praticadas por aqueles que lhe são subordinados. É a perspectiva de Iván Meini em sua obra *“Responsabilidad Penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados”*¹³³.

Por seu turno, Rolf Herzberg, ao avaliar os pressupostos estabelecidos por Roxin, entende que caberá ao magistrado, ao analisar o caso concreto, delinear o conteúdo fático cotejado à norma jurídica violada para, ao final, estabelecer a existência ou não de “um aparato organizado de poder”¹³⁴.

Neste último caso, Herzberg rompe, claramente, com todos os parâmetros dogmaticamente estabelecidos por Claus Roxin. Ao nosso sentir, tende fazer voltar à estaca zero a problemática sobre a qual buscava o jurista alemão resolver, pouco contribuindo com eventual evolução da teoria. Ao transmitir ao magistrado a responsabilidade de avaliar o caso concreto, a ele entrega um grau de subjetividade que poderá resultar em completa insegurança jurídica.

Como visto, ainda que Claus Roxin tenha buscado traçar parâmetros relativos a uma

¹³³ MEINI, Iván. **Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados**. Valencia: Tiranto lo Blanch, 2003, p. 180.

¹³⁴ HERZBERG, Rolf D. La Sentencia-Fujimori: sobre la intervención del superior em los crímenes de su aparato de poder. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Eds.). **La autoria mediata: el caso Fujimori**. Lima-Peru: Ara Editores, 2010, p. 131.

“nova” modalidade de autoria mediata, relacionada à ideia de um executor plenamente responsável, dentro de uma estrutura organizada de poder, é possível encontrar vozes dissonantes e intensos debates pertinentes à sua aplicabilidade. Isto faz com que a teoria apresentada não se torne estanque, mas estimule uma investigação mais acurada em busca que melhor adequá-la e, pragmaticamente, trazer soluções aos problemas pertinentes às organizações complexas.

Compreender as balizas estabelecidas por Roxin, cotejadas aos argumentos de seus críticos mais ferrenhos, bem como de seus defensores, com as ressalvas que lhe são apresentadas, se mostra de grande valia, sobretudo para verificar se a teoria de Claus Roxin se apresenta aplicável a casos mais próximos do cotidiano ou somente a hipóteses extremas, como os casos *Eichmann* e dos *tiros mortais no muro de Berlim*.

O que se pode afirmar, no entanto, é que a modalidade da autoria mediata por aparatos organizados de poder, cunhada por Roxin, já se faz presente em decisões judiciais proferidas por diversos órgãos jurisdicionais pelo mundo. A título de exemplo, temos o caso do julgamento dos Comandantes das Justas Militares Argentinas (1985 e 1986), a decisão do Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof* – BGH) pertinente aos homicídios praticados pelos guardas que vigiavam o muro de Berlim (1994), a decisão do Tribunal Supremo Espanhol no Caso da Mancha Real (1994); o caso Letelier: Chile (1993); e o Caso Fujimori/La Cantuta/Barrios Altos (2009)¹³⁵.

Se não bastasse, como veremos mais adiante, a aplicação da autoria mediata por aparatos organizados de poder também foi trasladada para a jurisprudência nacional. É amplamente utilizada pela jurisprudência de alguns Tribunais Regionais Federais e até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Penal 470 – caso “mensalão”. Sem prejuízo de uma análise crítica, especialmente naquele caso, quanto ao efetivo preenchimento dos pressupostos estabelecidos por Claus Roxin.

3.5 A aplicação da autoria mediata por aparatos organizados de poder na jurisprudência estrangeira

¹³⁵ GRANDIS, Rodrigo de. **A imputação nas organizações empresariais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Doi:10.11606/D.2.2017.tde-21082017-113636. Acesso em: 06/01/2023.

3.5.1 O caso dos disparos mortais em Berlim (1994)

Em 26/07/1994, o Supremo Tribunal Federal da Alemanha (BGH) condenou três membros do Conselho Nacional de Defesa da extinta República Democrática Alemã (RDA), Heinz Kessler, Fritz Streletz e Hans Albrecht, como autores mediatos do homicídio de sete cidadãos que tentavam fugir da RDA entre 1971 e 1989. A decisão fundamentou-se na Teoria do Domínio da Organização, elaborada por Claus Roxin, considerando que os réus, dirigentes do aparato estatal, ordenaram que guardas matassem os fugitivos, configurando autoria mediata por meio de um aparato organizado de poder.

Em primeira instância, o Tribunal Regional de Berlim havia condenado os acusados como partícipes e não como autores mediatos, entendendo que não possuíam domínio do fato, e que a RDA não se equiparava a um Estado totalitário. No entanto, o BGH reformou a decisão, reconhecendo o domínio da organização, com fundamento nos §§ 212 e 25 do Código Penal Alemão (StGB).

O BGH também inovou ao acrescentar dois novos requisitos à teoria: (i) o homem de trás deve desejar o resultado como fruto de sua própria atuação; (ii) o executor direto deve atuar com disposição incondicionada. Assim, o tribunal sinalizou a possibilidade de aplicar a teoria também à criminalidade empresarial¹³⁶.

O tribunal alemão afastou a causa de justificação prevista no § 27, II, da Lei de Fronteira da RDA, com base na Fórmula de Radbruch¹³⁷, declarando-a inválida por violar princípios superiores do Direito suprapositivo, mesmo diante da regra constitucional da irretroatividade penal (art. 103, II, da Grundgesetz).

A decisão foi posteriormente confirmada pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) em 1997, que considerou admissível a superação da irretroatividade penal em casos excepcionais, como aquele.

¹³⁶ BGHSt, 40, p. 2706, *apud* DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização**. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9545>. Acesso em: 20/09/2024, p. 112.

¹³⁷ Proposta pelo jurista alemão Gustav Radbruch, a Fórmula de Radbruch é uma teoria jurídica que sustenta ser possível, em circunstâncias excepcionais, declarar a invalidez de uma lei quando ela se revelar "insuportavelmente injusta". Essa concepção foi desenvolvida a partir da experiência de Radbruch com o regime jurídico nazista, marcado pela aplicação de normas manifestamente injustas. ALEXY, Robert. **Una defensa de la fórmula de Radbruch**. Tradução de José Antonio Seoane. *Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade da Coruña*, 5, 2001, p. 81. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/61893894.pdf>. Acesso em 21/02/2025.

Os réus recorreram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), alegando violação ao art. 7º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O TEDH, em decisão de 22/03/2001, rejeitou os argumentos, afirmando que os homicídios violaram direitos fundamentais à vida, dignidade e liberdade, previstos tanto na Constituição da RDA quanto no Direito Internacional.

No plano doutrinário, Kai Ambos criticou a decisão, entendendo que a rejeição da causa de justificação violou o princípio da irretroatividade penal, defendendo que apenas excessos poderiam ser punidos. Porém, admite que, no caso dos membros do Conselho, não haveria proteção à confiança, dado que criaram as condições de sua própria impunidade¹³⁸.

Claus Roxin, por sua vez, concordou parcialmente com a decisão, reconhecendo a correta imputação aos guardas como autores imediatos (em erro de proibição vencível) e aos dirigentes como autores mediatos. Contudo, criticou o acréscimo dos dois novos requisitos pelo BGH e discordou da possibilidade de extensão da sua teoria à criminalidade empresarial.¹³⁹

O caso é considerado um paradigma da aplicação da Teoria do Domínio da Organização, com importante repercussão na jurisprudência penal alemã, que manteve sua aplicação em julgados posteriores, inclusive no contexto da criminalidade empresarial, embora com contornos distintos da concepção original de Roxin.

3.5.2 O paradigmático caso Fujimori

O julgamento do ex-presidente Alberto Fujimori pela Sala Penal Especial da Corte Suprema de Justiça do Peru, com sentença proferida em 7 de abril de 2009¹⁴⁰ e confirmada posteriormente pela Primeira Sala Transitória da mesma Corte (30 de dezembro de 2009), tornou-se um marco histórico no Direito Penal internacional.

¹³⁸ AMBOS, Kai. Op cit. p. 35-39, *apud* DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder:** teoria do domínio da organização. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9545>. Acesso em: 20/09/2024. p. 112.

¹³⁹ ROXIN, Claus. **Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada.** Tradução de Enrique Anarte Borrallo. Revista Penal, n. 2, 1998, p. 61. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13228/Problemas.pdf?sequence=2>. Acesso em 13/02/2025.

¹⁴⁰ PERU – CORTE SUPREMA DE JUSTICIAL DE LA REPÚBLICA – SALA PENAL ESPECIAL – **EXP. N° A.V. 19 – 2001.** Disponível em: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/05/Expediente-A.V.-19-2001-LPDerecho.pdf>. Acesso em 20/02/2025.

O caso é amplamente reconhecido por juristas como, Kai Ambos¹⁴¹, Iván Meini, Raúl Pariona Arana¹⁴² e pelo próprio Roxin¹⁴³ por representar a primeira aplicação clara, consistente e motivada da teoria da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder.

Na época, o ex-presidente do Peru, Alberto Fujimori, foi denunciado pelo Ministério Público (Procuradoria-Geral) por sua responsabilidade na criação e condução de um aparato estatal clandestino voltado à repressão ilegal, sob a justificativa de combater o terrorismo. Segundo a acusação, Fujimori implementou uma estrutura paralela ao ordenamento jurídico, baseada na chamada “guerra de baixa intensidade”, cuja execução foi atribuída ao *Grupo Colina*, subordinado ao Serviço de Inteligência Nacional (SIN), dirigido por Vladimiro Montesinos.

A denúncia se baseou em quatro fatos principais: o primeiro foi o *Caso Barrios Altos* (1991), em que houve a execução sumária de 15 pessoas e ferimentos graves em outras 4, durante uma operação realizada pelo Grupo Colina, com uso de armamento de guerra, sob comando de Santiago Martín Rivas, e com apoio logístico de órgãos estatais. O segundo, foi o *Caso La Cantuta* (1992) que teve por base o sequestro, execução, incineração e ocultação de cadáveres de 9 estudantes e 1 professor da Universidade La Cantuta, também pelo Grupo Colina, com envolvimento direto de autoridades militares e agentes do Estado. O terceiro fato se concentrava no *Caso Porões do SIE* em que foram relatadas prisões ilegais após o autogolpe de abril de 1992, como no caso do jornalista Gustavo Gorriti, mantido em cárcere nos porões do SIE sob ordens da cúpula do SIN. Por fim, o *Caso Samuel Dyer Ampudia*, empresário sequestrado por agentes de contrainteligência, com posterior forjamento de investigação para legitimar a detenção, que não tinha fundamento legal.

As condutas foram qualificadas como *homicídio e lesões corporais graves* (nos casos Barrios Altos e La Cantuta) e sequestro agravado (nos casos SIE e Samuel Dyer). A acusação sustentou que tais atos foram cometidos no contexto de um *aparato organizado de poder*, sob domínio funcional do então presidente Alberto Fujimori.

O Ministério Público peruano sustentou que Fujimori incorreu em responsabilidade

¹⁴¹ AMBOS, Kai. La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori: transfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori, In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Eds.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima-Peru: Ara Editores, 2010, p. 87.

¹⁴² AMBOS, Kai. La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori: transfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori, In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Eds.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima-Peru: Ara Editores, 2010, p. 233.

¹⁴³ ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú, In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Eds.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima-Peru: Ara Editores, 2010, p. 93.

penal como autor mediato, com base na teoria do domínio do fato por meio de organização criminosa, conforme desenvolvida por Claus Roxin. A acusação afirmou que Fujimori, enquanto Chefe de Estado, atuava no ápice da estrutura de poder, tendo delineado e implementado uma política de Estado antissubversiva assentada em métodos de “guerra de baixa intensidade”, voltados à eliminação física de indivíduos arbitrariamente identificados como inimigos internos ou “supostos terroristas”.

Nos casos Barrios Altos e La Cantuta, alegou-se que Fujimori possuía o domínio funcional da organização, razão pela qual suas ordens, emanadas no contexto de uma estrutura hierárquica rígida e militarizada, foram fielmente executadas pelos subordinados. O Grupo Colina, responsável direto pelas execuções, agia sob comando de Vladimiro Montesinos, a quem competia autorizar ou vetar as chamadas “operações especiais”. Fujimori, segundo a acusação, tinha plena ciência de que suas ordens seriam cumpridas, dada a disciplina e a subordinação dos membros do aparato estatal de inteligência.

A mesma lógica de imputação mediata foi aplicada aos casos de sequestro do jornalista Gustavo Gorriti e do empresário Samuel Dyer Ampudia, ambos sem qualquer vínculo com o terrorismo. A acusação reforça que Fujimori detinha poder de mando efetivo sobre os agentes estatais envolvidos, em razão de sua posição no vértice do poder e da disposição da organização estatal, especialmente os setores de inteligência militar, para executar suas ordens sem questionamento.

Regularmente processado, a Corte peruana identificou, com base na doutrina roxiniana, três formas de autoria mediata: por erro, por coação e por domínio de aparatos organizados de poder. Optou por esta última, estruturando sua fundamentação em pressupostos gerais e específicos, os quais foram objeto de detalhada análise no acórdão. Os pressupostos específicos foram divididos em objetivos e subjetivos, todos devidamente verificados no caso concreto.

A análise dos pressupostos objetivos se deu na identificação do poder de mando e desvinculação do ordenamento jurídico. Em relação ao primeiro, Fujimori possuía autoridade suprema e capacidade de emitir ordens dentro do aparato, tanto de forma expressa quanto tácita. Sua posição no ápice do Estado lhe conferia controle político e militar direto, especialmente sobre os órgãos de inteligência.¹⁴⁴

No que tange à desvinculação do ordenamento jurídico, o aparato sob seu comando funcionava clandestinamente e à margem do Direito, realizando crimes graves com aparência

¹⁴⁴ Cf. parágrafo 732º do acórdão (EXP. Nº A.V. 19 – 2001).

de legalidade. Essa dissociação foi tanto formal quanto material, distanciando-se progressivamente do sistema normativo nacional e internacional.¹⁴⁵

Em relação aos pressupostos subjetivos, o acórdão fixou-se na fungibilidade do executor direto e na elevada disposição do executor. No que se refere à fungibilidade, os autores materiais dos crimes eram intercambiáveis, funcionando como “engrenagens substituíveis” da máquina estatal de repressão. A execução das ordens não dependia de um executor específico.¹⁴⁶

A elevada disposição do executor restou comprovada diante da demonstração da predisposição dos subordinados à realização das ordens ilegais, dada sua inserção funcional e ideológica no aparato estatal desvinculado da legalidade. Essa disposição integrava a estrutura da organização, conforme defendido por Schroeder e acolhido por Roxin em formulações posteriores.¹⁴⁷

O acórdão da Corte Suprema peruana representa a mais consistente e concreta aplicação da autoria mediata por aparato organizado de poder no contexto de crimes cometidos por agentes estatais. Ao reconhecer a figura de Fujimori como autor mediato de crimes gravíssimos perpetrados por uma estrutura estatal clandestina, a Corte reafirma o princípio da intranscendência da pena e da responsabilização penal individual, reforçando a tese de que nem mesmo as mais altas autoridades estão isentas da incidência do Direito Penal quando atuam fora da legalidade.

O caso Fujimori, portanto, não apenas confirma a validade e a operatividade da teoria de Roxin no plano jurisprudencial latino-americano, como também se torna referência obrigatória nos debates contemporâneos sobre criminalidade sistêmica, responsabilidade penal de dirigentes e aparato estatal como estrutura de poder desviante.

A aplicação da teoria do domínio do fato, notadamente em sua formulação por Claus Roxin, foi decisiva na responsabilização penal do ex-presidente Alberto Fujimori, no emblemático julgamento conduzido pela Corte Suprema do Peru. Reconheceu-se que o ex-mandatário, embora não tivesse participado diretamente das execuções perpetradas pelo denominado Grupo Colina, exercia domínio funcional sobre uma estrutura de poder desvinculada do ordenamento jurídico, permitindo-lhe dispor da máquina repressiva estatal de forma autônoma e com previsibilidade dos resultados ilícitos. Tal reconhecimento implicou a sua condenação na qualidade de autor mediato, com fundamento na existência de um aparato

¹⁴⁵ Cf. parágrafo 732º do acórdão (EXP. N° A.V. 19 – 2001).

¹⁴⁶ Cf. parágrafo 745º do acórdão (EXP. N° A.V. 19 – 2001).

¹⁴⁷ Cf. parágrafo 741º do acórdão (EXP. N° A.V. 19 – 2001).

organizado de poder, conforme delineado por Roxin.

O caso Fujimori evidencia que a responsabilização penal pode transcender os limites da autoria direta, alcançando os vértices hierárquicos que, mesmo à distância dos atos executórios, detêm controle da organização, determinando ou tolerando práticas delituosas por meio de ordens gerais, omissões estruturais ou incentivos sistêmicos.

Essa jurisprudência, paradigmática sob diversos aspectos, possui elevada relevância para a compreensão da responsabilidade penal em contextos organizacionais, sobretudo deixa margem para sua aplicação no âmbito das estruturas empresariais modernas.

Em analogia, as organizações empresariais de grande porte frequentemente operam por meio de cadeias de comando hierarquizadas, com divisão técnica do trabalho e compartimentalização das funções. Nesse contexto, é possível constatar a existência de estruturas paralelas voltadas à consecução de fins ilícitos, como esquemas de corrupção, fraudes contábeis ou conluíus licitatórios, as quais funcionam com relativo automatismo e prescindem da intervenção direta dos executivos superiores.

Dessa forma, a analogia entre os elementos presentes no caso Fujimori e determinadas práticas empresariais permite afirmar que as organizações empresariais, em hipóteses específicas, podem ser reconhecidas como aparatos organizados de poder, nos moldes propostos por Roxin. Tal reconhecimento não implica analogia *in malam partem*, mas sim aplicação coerente e sistemática da dogmática penal contemporânea, de modo a conferir efetividade à responsabilidade penal de dirigentes que, escudados na complexidade organizacional, praticam ou toleram delitos por meio de estruturas empresariais funcionalizadas à criminalidade.

4 DO ALCANCE DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E OS CRIMES DE EMPRESA

4.1 Crimes de empresa e responsabilidade penal da pessoa jurídica

Compreendidas as bases teóricas mínimas pertinentes à *teoria do domínio do fato* sob a batuta de Claus Roxin, necessária a delimitação temática em relação ao que pode ser reconhecido como crimes de empresa.

Segundo as lições de Bernd Schünemann, a criminalidade *de* empresa não se confunde com a criminalidade *na* empresa, de modo que esta é voltada aos crimes cometidos dentro da empresa ou contra ela. Nesse diapasão, a solução para o problema se dá sem maiores aprofundamentos teóricos, ao ponto de que o Direito Penal tradicional se mostra suficiente, sobretudo quanto à atribuição da respectiva responsabilidade penal¹⁴⁸.

Por outro lado, crimes de empresas possuem características mais sofisticadas, em regra associadas ao Direito Penal Econômico. Aproveitando as lições de Schünemann, o conceito de *crime de empresa* designa, portanto, todos aqueles delitos econômicos que, por meio de uma ação a favor de uma empresa, são lesados bens jurídicos e interesses externos, incluindo os bens jurídicos e interesses dos colaboradores da empresa¹⁴⁹.

Em outras palavras, a criminalidade empresarial abrange as infrações cometidas por dirigentes, conselheiros ou demais integrantes da organização, sempre visando aos interesses da própria empresa e à consecução de seus objetivos societários.

Nesse ponto, cumpre destacar que o presente trabalho aponta para as ações e omissões das pessoas naturais, que se aproveitam do ente moral para a prática de crimes, bem como a viabilidade ou não de ser utilizado como aparato organizado de poder.

Para tanto, é necessária uma breve explanação no que se refere à responsabilidade penal da pessoa jurídica no modelo brasileiro e a de seus dirigentes, sem, no entanto, perder de vista o objetivo principal do trabalho, no que se refere à responsabilidade das pessoas naturais sob a

¹⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Trad. Daniela Brückner e Lascrain Sánchez. 1988. t. 41, fasc. 2, p. 529-530. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/189/189>. p. 529. Acesso em 08/04/2024.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

égide da teoria do domínio do fato.

4.1.1 Responsabilidade penal da pessoa jurídica – aspectos gerais

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é um tema que vem sendo amplamente debatido no direito penal moderno. No entanto, houve um longo processo histórico em que a lei penal era aplicada de forma indistinta aos entes coletivos. Assim, a punição de entes coletivos não é uma novidade, sendo possível detectar uma “proto criminalização” durante a Antiguidade.

No que se refere à “individualização da pena”, no Egito a punição se estendia para além do autor do ato ilícito. Era o caso do servo que fugia e, em caso de captura, tornava-se efetivamente escravo, bem como a sua família¹⁵⁰.

Em sentido contrário, a Bíblia, como documento histórico, prevê a individualização da pena no livro de Deuteronômio, capítulo 24, versículo 16: “Os pais não serão mortos para pagar pelos filhos, nem os filhos para pagar pelos pais: cada um será morto por seu próprio pecado”¹⁵¹. Todavia, na lei mosaica, a introdução de princípio tão decisivo para a justa punição penal, foi perdida após a Idade Média, e somente resgatada no Iluminismo (século XVIII), em autores como Cesare Beccaria (1738-1794)¹⁵².

Sob essa perspectiva, é possível concluir pela existência de punição de forma coletiva, considerando as pessoas vinculadas a determinada família, clã, grupo ou cidade, como resultante da conduta de seus representantes.

Trata-se de uma época em que o Direito estava inserido no misticismo da natureza, no divino desconhecido, que ainda nem podia ser chamado de religião. Os eventos naturais poderiam ser considerados bênçãos ou punições à conduta dos indivíduos. Nessa fase, era comum a prática da justiça por meio da vingança coletiva¹⁵³. Situação que se prolongou durante

¹⁵⁰ ROCHA, José Manuel de S. **História do Direito no Ocidente**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book, p. 98. ISBN 978-85-309-6434-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6434-4/>. Acesso em: 13/10/2024.

¹⁵¹ BÍBLIA. Bíblia Sagrada. **Conferência Nacional dos Bispos do Brasil**. 3. ed. Brasília: Edições CNBB, 2019.

¹⁵² ROCHA, José Manuel de S. **História do Direito no Ocidente**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book, p. 98. ISBN 978-85-309-6434-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6434-4/>. Acesso em: 13/10/2024.

¹⁵³ GRIVOT, Débora C H.; ABEL, Henrique; ARAUJO, Marjorie A. **História do direito**. Porto Alegre: Grupo A, 2017. E-book. ISBN 9788595021716. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595021716/>. Acesso em: 22/09/2024.

séculos, modificando-se após o surgimento dos ideais iluministas, que permearam o século XVIII, culminando em diversas manifestações, com destaque para a Revolução Francesa.

O movimento iluminista, que teve por mote o integral rompimento com o Antigo Regime, pautava-se essencialmente pelo antropocentrismo, ou seja, partia do pressuposto de que o homem é centro do acontecer histórico e científico. Consequentemente, a imposição de penas tendo por pressuposto uma coletividade sem, no entanto, a análise da conduta do ser humano, individualmente considerado, passou a ser contraditória sob essa perspectiva ideológica que influenciou o ocidente.

A partir desse momento, a noção de responsabilidade criminal era exclusiva das pessoas físicas, baseando-se na ideia de que somente o indivíduo, dotado de consciência e vontade, poderia ser sujeito de sanção penal. O direito penal passou a ser estudado e aplicado sob a perspectiva do indivíduo, resultando na proibição de uma responsabilidade penal para os entes morais – *societas delinquere non potest*.

Contudo, com o crescimento e a influência das corporações na sociedade contemporânea, surgiu a necessidade da criação de mecanismos que permitissem a punição de condutas ilícitas praticadas no âmbito de pessoas jurídicas. Logo, o princípio da culpabilidade individual consagrado no iluminismo cede espaço para as modificações nascidas no seio da pós-modernidade, de modo a serem adotadas ferramentas de política criminal em busca da responsabilização coletiva nos países do *civil law*¹⁵⁴. Consequentemente, alguns países, por meio de legislações específicas, passaram a adotar modelos de responsabilização penal para empresas, especialmente em áreas como crimes ambientais, financeiros, contra a ordem econômica e corrupção.

No Brasil, a Constituição da República promulgada em 1988, em seu artigo 225, § 3º, consagrou verdadeiro mandado de criminalização ao determinar que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos

¹⁵⁴ SHECAIRA, Sergio Salomão. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas: uma perspectiva do direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. vol. 921/2012. p. 281-294. Jul/2012 Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal. vol. 2/2019. Jan/2019. DTR\2012\44819. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a8997f40000019249150e85373cecaa&docguid=I5fad9960c66311e1ba6a00008517971a&hitguid=I5fad9960c66311e1ba6a00008517971a&spos=8&epos=8&td=15&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

causados. Porém, somente após dez anos de sua vigência, foi promulgada a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998).

Cumpre salientar que a resistência à responsabilização das pessoas jurídicas deriva de postura adotada por países de formação jurídica romano-germânica, vez que, aqueles com fundamento na *common law* apresentam pouca ou nenhuma resistência à aplicação da lei penal ao ente moral, como ocorre nos Estados Unidos e Reino Unido.

Nesse contexto, países com tradição jurídica na *civil law* buscaram parâmetros dogmáticos para a aplicação da lei penal aos entes coletivos, que variam conforme o modelo de responsabilidade adotado pelo respectivo ordenamento jurídico.

4.1.2 Dos modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica

Existem diferentes modelos de responsabilização penal das pessoas jurídicas, classificados segundo o alcance da norma penal em relação à conduta da empresa e de seus agentes. Os principais modelos são: a) heterorresponsabilidade; e b) autorresponsabilidade.

Para o sistema de heterorresponsabilidade, também conhecido como de responsabilidade por empréstimo, vicariante ou de transferência de responsabilidade, há responsabilização exclusiva da pessoa jurídica, sem necessidade de se buscar a responsabilização penal individual dos diretores ou gestores. Trata-se de modelo que permite que a empresa seja punida independentemente da identificação de um agente individualmente culpado.

Para tanto, Alamiro Velludo Salvador Netto, menciona a necessidade do preenchimento de três requisitos. O primeiro é subjetivo, relacionado ao autor da infração penal, com plena capacidade de gestão em relação ao ente moral. O segundo, refere-se ao fato de que a conduta do dirigente esteja dentro dos limites das funções por ele exercidas na empresa. Por sua vez, o terceiro requisito exige que a conduta da pessoa física tenha o condão de obter algum tipo de vantagem em prol da pessoa jurídica a que esteja vinculada¹⁵⁵.

Esse modelo, no entanto, é bastante criticável pois tende à responsabilidade penal objetiva. Nesse sentido se posiciona Silva Sánchez diante da transferência dos elementos

¹⁵⁵ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 110.

subjetivos da conduta criminosa da pessoa física para a pessoa jurídica, haja vista que o déficit de subjetividade inerente à empresa não pode ser compensado simplesmente pela finalidade última da ação do indivíduo atuar em proveito da pessoa jurídica. Chegar-se-ia, assim, a verdadeira fórmula de imputação objetiva¹⁵⁶.

Por sua vez, o modelo da heterorresponsabilidade, em sua versão britânica, sofre certa variação. O sistema de *common law* apresenta um modelo intitulado como *identification theory*, em que parte de uma compreensão antropomórfica da empresa. Os dirigentes da pessoa jurídica ocupariam esquematicamente o local do cérebro humano, responsável pela tomada das decisões, na medida em que os funcionários, ou empregados em geral, seriam simplesmente os membros desse corpo, braços e pernas responsáveis pela mera execução de tarefas. Essa teoria pode ser sintetizada como a “ficção do cérebro”¹⁵⁷. Segundo esse sistema, a imputação só ocorre quando o agente for representante da entidade, isoladamente ou como membro de órgão de administração, ou pessoa dotada de autoridade¹⁵⁸.

Sob essa perspectiva, outra conclusão não há, senão a redução do alcance da responsabilidade penal da pessoa jurídica, cuja conduta deve estar atrelada, necessariamente, a uma ação ou omissão humana. Por sua vez, tal ação ou omissão deve estar diretamente vinculada ao agir de seus dirigentes, “cérebro da empresa”, considerando que demais empregados apenas compõem os “membros” do ente moral¹⁵⁹.

É possível ainda identificar outra variação da teoria da heterorresponsabilidade, destacada como uma responsabilidade vicária em sentido puro, por entender a personalidade da empresa como algo “distinto e real”, por meio da qual deve responder integralmente pelos atos de seus integrantes. A responsabilidade imposta à pessoa jurídica pode ser derivada da atuação de qualquer pessoa, seja de seu dirigente ou não, desde que atue dentro dos limites de suas funções em prol da organização¹⁶⁰. Distingue-se da anterior, pois aquela estaria baseada na

¹⁵⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad de las personas en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. **Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013, p. 25.

¹⁵⁷ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 111.

¹⁵⁸ NIETO MARTÍN, Adán. **La Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado**. Universitat Oberta de Catalunya. Disponível em: https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/142806/2/Responsabilidad%20penal%20de%20la%20empresa%20y%20modelos%20preventivos_Módulo%20didáctico%202_La%20responsabilidad%20penal%20de%20las%20personas%20jurídicas%20en%20el%20derecho%20comparado.pdf. Acesso em: 01/10/2024.

¹⁵⁹ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 112.

¹⁶⁰ NIETO MARTÍN, Adán. **La Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado**. Universitat Oberta de Catalunya. Disponível em:

teoria nominalista ou da ficção, ao compreender “as corporações como sendo uma ficção legal”¹⁶¹.

Independentemente da perspectiva que se adote, seja ela lastreada numa vertente da identificação ou ainda voltada à plena responsabilidade por ato de seus funcionários (vicariante pura), a teoria da heterorresponsabilidade, que engloba ambas, resulta nos mesmos problemas.

É certo que em tais vertentes não há uma solução quanto à apresentação de um injusto próprio do ente moral, pois, ao fim, a pessoa jurídica será responsabilizada por ato de terceiro. Nesse sentido, Alamiro Netto traz como exemplo a transferência de responsabilidade do presidente da empresa ao ente jurídico, tendo em vista que simboliza “um ato da mente e da vontade empresarial.” Contudo, complementa com a problemática deste entendimento quando a responsabilização da empresa for derivada de conduta criminosa exclusiva de algum empregado, sem maiores poderes ou atribuições relevantes para o destino da organização¹⁶².

Portanto, pertinentes as objeções apresentadas à transferência da responsabilidade das pessoas físicas às jurídicas, merecendo destaque a dúvida quanto à necessidade de identificação da pessoa física (gestor) que age em nome da empresa.

Em suma, qualquer das subteorias que visam sustentar a heterorresponsabilidade resulta na imputação penal da pessoa jurídica por ato de terceiro, com algumas variações. Dentre elas, sustentam que a conduta deve estar atrelada às atribuições do agente institucionalmente vinculado, em cargo de alto escalão, funcionando como verdadeiro “cérebro” da instituição, para ensejar a responsabilização penal daquela.

Em outros casos, até mesmo o agir de funcionários subalternos, desde que o faça na esfera de suas atribuições, mesmo sem poder de comando, mas, em prol da organização, também poderá resultar na imposição de sanções penais ao ente moral. Consequentemente, considerando uma dogmática tradicional, podemos chegar à conclusão de que estar-se-á impondo responsabilidade sem culpabilidade, resultado de uma responsabilização penal objetiva da organização. Se não bastasse, torna-se imperiosa a necessidade de identificação da

https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/142806/2/Responsabilidad%20penal%20de%20la%20empresa%20y%20modelos%20preventivos_Módulo%20didáctico%202_La%20responsabilidad%20penal%20de%20las%20personas%20jurídicas%20en%20el%20derecho%20comparado.pdf. Acesso em: 01/10/2024. p. 21.

¹⁶¹ CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; Sá, Ana Luíza de (Org.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira**. São Paulo. LiberArs, 2015, p. 119-120.

¹⁶² SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 113.

pessoa física que deu ensejo ao crime, situação que dificulta a resposta estatal contra atos praticados em nome da pessoa jurídica ou em favor dela.

Perceptível a dificuldade da doutrina relacionada à heterorresponsabilidade, sob o pressuposto de uma teoria do delito tradicional, sustentar sua eficácia e aplicabilidade em razão das críticas apresentadas, de tal modo que, de forma recorrente, os países de tradição jurídica romano-germânica vêm adotando o sistema da autorresponsabilidade.

Contudo, nem sempre é fácil a distinção entre os sistemas, tendo em vista que, em uma primeira análise, o sistema de autorresponsabilidade poderá se assemelhar ao anterior. A autorresponsabilidade também tem como finalidade a aplicação de sanções penais diretas às organizações pelos crimes cometidos em seu nome, por seu interesse ou benefício, independentemente da responsabilização individual de seus dirigentes ou empregados.

Não há falar, no entanto, em uma transferência da responsabilidade da pessoa física, seja ela dirigente ou demais funcionários sem o poder de comando para o ente moral. Para esse sistema, as pessoas jurídicas são vistas como entidades autônomas que podem tomar decisões e, conseqüentemente, responder por ações ilícitas. Isso significa que uma empresa pode ser processada, julgada e punida penalmente sem a necessidade de identificar e condenar a pessoa natural como autor do crime. Assim, o foco é a conduta global da organização, seus processos e a cultura empresarial que permitiu ou incentivou a prática de delitos.

A aplicação do sistema de autorresponsabilidade às pessoas jurídicas, entretanto, apresenta desafios teóricos e práticos. Um dos principais debates está na adequação dos princípios penais clássicos, como a culpabilidade, a imputabilidade e a capacidade de agir, às entidades que, por definição, não possuem vontade ou consciência individual. A crítica se baseia na noção de que é difícil aplicar sanções penais de forma justa a entidades que não possuem vida própria, sendo, na verdade, um conjunto de pessoas.

Com efeito, podemos encontrar na doutrina, pelo menos, três modelos de autorresponsabilidade da pessoa jurídica: a) modelo do ato de conexão; b) modelo de defeito da organização como injusto culpável; e c) modelo do defeito de organização como injusto.

No que se refere ao modelo do ato de conexão, é possível entendê-lo como sendo o que mais se aproxima do sistema da heterorresponsabilidade. Nele não se busca a simples responsabilização do ente coletivo como reflexo (ou ricochete) da atuação ilícita de um de seus membros dentro de sua estrutura, mas, que esse ato possua relevância capaz de ser juridicamente interpretado como ato da própria pessoa jurídica.

Sob essa perspectiva, infere-se a possibilidade de atribuição de responsabilidade ao ente coletivo de forma independente, ou seja, a identificação das pessoas físicas envolvidas passa a ser desnecessária. As ações ou omissões das pessoas naturais passam a funcionar apenas como algo conexo à atuação da empresa, de modo que possível atribuir-lhe um injusto próprio, independente.

Para tanto, é necessário o estabelecimento de um lastro mínimo justificador de imputação ao ente coletivo. Nesse aspecto, vale lembrar as lições de Tiedemann, ao mencionar que deve se levar em conta, mais do que a ação física, pois é a violação de medidas e expectativas normativas que importa para imputar um resultado lesivo a um autor (pessoa física ou jurídica). O jurista alemão sustenta que é apenas um dogma afirmar que, no direito penal, as ações são apenas ações humanas. A ação de uma empresa também é ação na realidade jurídica. Contudo, a culpa da empresa, a rigor, refere-se a uma “culpabilidade corporativa” ou uma culpa (social) da empresa, tendo por base o reconhecimento, pelo Direito Penal, das consequências de sua realidade social, bem como as obrigações correspondentes aos seus direitos¹⁶³.

Com efeito, para Tiedemann, o lastro necessário à imposição de uma sanção penal estaria calcado numa *reprovabilidade social* por conduta perpetrada no âmbito do ente coletivo, desde que esteja associada a uma *falha na organização*.

Assim, é o defeito na organização que permite que seus integrantes, pessoas naturais, pratiquem o crime. Logo, a pessoa jurídica deve ser responsável pelo delito perpetrado, considerando que a conexão reside na omissão em tomar as providências necessárias para atuar dentro dos limites legais, resgatando a ideia dos crimes comissivos por omissão.

Nessa senda, a falha na organização surge como um elemento diferenciador quando comparado aos requisitos exigidos no modelo de heterorresponsabilidade, pertinentes ao transplante da conduta humana para a empresa, derivada de um de seus representantes, atuando em benefício da pessoa jurídica.

Alamiro Netto menciona duas críticas ao instituto: a primeira se deve ao fato de que a responsabilidade ainda se sustenta em ato de terceiro; enquanto a segunda reside em como aferir tal falha ou defeito no ente moral. Conclui que, embora Tiedemann possa se contrapor às críticas fundado no princípio da *actio libera in causa*, ou seja, numa culpabilidade pretérita,

¹⁶³ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. IN: **Anuario de derecho penal** - Prof. José Hurtado Pozo. Universität Freiburg. 1996. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf. Acesso em: 02/01/2024.

ante a ineficácia do ente em coibir o ilícito, em verdade, volta-se ao velho modelo de responsabilidade vicariante, atrelado a um preceito argumentativo¹⁶⁴.

Portanto, considerando a clara proximidade desse modelo de autorresponsabilidade por conexão com aqueles pertinentes aos da heterorresponsabilidade, se mostram bastantes razoáveis as críticas apresentadas, de tal modo que os fundamentos contrários a ela se mostram um tanto quanto incipientes ao buscarem “furar a bolha” da responsabilidade vicariante.

O segundo modelo de autorresponsabilidade é o *do defeito da organização como injusto culpável*. Busca afastar-se ao máximo da conexão entre a atividade humana e os motivos pelos quais deve haver a imputação penal da pessoa jurídica. Tem como elemento central o *defeito da organização*, não como mais um pressuposto da responsabilidade da pessoa jurídica, mas, como o elemento de culpabilidade por eventual delito praticado no âmbito da empresa.

Nesse contexto, a conduta da pessoa natural passa a funcionar como indício ou justificativa para dar ensejo à persecução penal contra o ente moral. Sobre esse modelo, Nieto Martín defende que a culpabilidade da empresa se assemelharia ao Direito Penal do autor, tendo por pressuposto um personagem empresarial defeituoso, no que se refere ao cumprimento das normas pertinentes, que se mantém ao longo do tempo, baseada em uma cultura de legalidade defeituosa¹⁶⁵.

Assim, de modo peculiar, sustenta o autor espanhol que para efeitos práticos, o debate acerca da estrutura temporal da culpabilidade da empresa passa a ser mais importante que o fato criminoso em si, para fins de sanção do ente moral. Nas palavras do autor, “o que é relevante não seria a falha organizacional específica que levou ao crime, mas sim a verificação de que a empresa, durante um período de tempo relevante, não manteve uma organização adequada”¹⁶⁶.

As lições de Nieto Martín sugerem a necessidade da análise de práticas e políticas adotadas pela organização, antes da ocorrência da infração, como pressuposto para a aplicação da lei penal. Consequentemente, o autor induz às empresas a adoção de um sistema de

¹⁶⁴ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 128 e 130-131.

¹⁶⁵ NIETO MARTÍN, Adán. **Sistemas de imputación y culpabilidade de empresa**. Universitat Oberta de Catalunya. Disponível em: https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/142806/1/Responsabilidad%20penal%20de%20la%20empresa%20y%20modelos%20preventivos_Módulo%20didáctico%201_Sistemas%20de%20imputación%20y%20culpabilidad%20de%20empresa.pdf. Acesso em: 01/10/2024, p. 20.

¹⁶⁶ NIETO MARTÍN, Adán. **Sistemas de imputación y culpabilidade de empresa**. Universitat Oberta de Catalunya. Disponível em: https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/142806/1/Responsabilidad%20penal%20de%20la%20empresa%20y%20modelos%20preventivos_Módulo%20didáctico%201_Sistemas%20de%20imputación%20y%20culpabilidad%20de%20empresa.pdf. Acesso em: 01/10/2024, p. 20.

autorregulação regulada, com a divisão de tarefas entre o ente moral e o Estado, sobretudo quando da instauração de eventual persecução penal.

Ainda, torna-se nítido o fato de que a construção do autor aponta para uma teoria do delito diversa dos modelos tradicionais voltados à pessoa natural. Elementos como o dolo e culpa fundem-se no elemento normativo “defeito da organização”, resultando numa análise diversa da culpabilidade. Exclui, por exemplo, a *imputabilidade* e a *potencial consciência da ilicitude*, elementos típicos das pessoas naturais¹⁶⁷.

O problema da construção de Nieto Martín, no nosso sentir, não reside no ideal da construção de uma teoria do delito própria da pessoa jurídica, mas no que se refere à imputação de sanção penal com fulcro exclusivo no *defeito da organização*, ou seja, um delito em si mesmo (injusto culpável). A atividade da pessoa física, que praticou o delito em nome do ente moral surge como mero estopim para a persecução penal. Nesse sentido é a crítica de Alamiro Netto, ao atestar que invariavelmente a pessoa jurídica seria responsabilizada por um mesmo delito (defeito da organização), ainda que a pessoa natural tenha praticado as mais diversas condutas previstas na legislação penal¹⁶⁸.

Por fim, o terceiro modelo de autorresponsabilidade é o do *defeito de organização como injusto* que busca se colocar numa posição mais distante possível dos modelos de heterorresponsabilidade. Calcada numa ideia construtivista em que a pessoa jurídica pode ser identificada como um sistema social autopoietico, deve ser vista como um ser individual que evolui e constrói uma personalidade e cultura próprias, sem prejuízo da percepção dos fatores externos do ambiente que a envolve. Segundo esse modelo, a pessoa jurídica encerraria em si mesma um sistema autopoietico, que se desenvolve e se reproduz a partir de suas próprias estruturas¹⁶⁹.

Logo, eventuais condutas perpetradas pelo ente moral, não seriam derivadas exclusivamente das ações humanas (teoria da transferência ou identificação), mas a uma construção/evolução cultural própria da pessoa jurídica.

Em relação a esse modelo de autorresponsabilidade, merece destaque a proposta de Carlos Gómez-Jara Díez em que busca apresentar bases dogmáticas para aplicação da lei penal

¹⁶⁷ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 135.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 137.

¹⁶⁹ BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 5, n. 9, p. 167-182, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/24>. Acesso: 07/10/2024.

às pessoas jurídicas. Funda-se na ideia de *ciudadania empresarial*, por meio da qual o cidadão corporativo deve ser fiel ao Direito. Assim, a empresa tem o dever de institucionalizar uma cultura empresarial de fidelidade ao direito, que se revela em um sistema da autorregulação. Essa *ciudadania corporativa* também leva em conta que as organizações empresariais participam de forma cada vez mais ativa na conformação de normas sociais e jurídicas¹⁷⁰.

Destaca Carlos Gómez-Jara Díez, no entanto, a necessidade de que a pessoa jurídica possua suficiente complexidade estrutural, circunstância comparada ao alcance da maioridade do ser humano, ou seja, nas palavras do autor:

[...] tanto o sistema psíquico como o sistema organizativo devem desenvolver uma determinada complexidade interna suficiente para ser considerada pessoa de Direito Penal. Assim, a complexidade interna suficiente torna-se um pressuposto para o desenvolvimento de uma autorreferencialidade capaz de permitir a autodeterminação do próprio sistema ao redor¹⁷¹.

Como bem sintetiza Alamiro Netto, as pessoas jurídicas, por serem espaços de liberdade, precisam se organizar para evitar causar prejuízos a terceiros, criando uma estrutura que as mantenha dentro dos limites do risco aceitável em suas atividades¹⁷². Situação que até então, não se mostra muito diferente da autorresponsabilidade por conexão, anteriormente apresentada. Porém, Gomez-Jara Díez sustenta que o ato de conexão seja um pressuposto da imputação, ou seja, a conduta, o agir humano se torna “um pressuposto da lei”, mas, “não um fundamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica”¹⁷³.

A respeito da culpabilidade, sob o ideal construtivista, o jurista espanhol buscou estabelecer um conceito de culpabilidade empresarial não idêntico ao modelo de culpabilidade individual, mas que resulte funcionalmente equivalente. Assim se baseia em três equivalentes funcionais: a fidelidade ao Direito como condição para a vigência da norma; o sinalagma básico do Direito Penal e, por último; a capacidade de questionar a vigência da norma¹⁷⁴.

O primeiro equivalente funcional se sustenta no pressuposto do *ciudadão corporativo* que deve se submeter ao cumprimento das normas jurídicas, do contrário, dará ensejo à aplicação do chamado Direito Penal empresarial, como manifestação da culpabilidade jurídico-

¹⁷⁰ GOMES-JARA DÍEZ, Carlos. **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial**. Universitât Freiburg. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_85.pdf, p. 105 e 110. Acesso em: 02/01/2024.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 141.

¹⁷³ GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei n. 9.605/1998. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 12.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

penal empresarial. Por sua vez, o mencionado *sinhalagma fundamental do Direito Penal (empresarial)*, segundo equivalente funcional, é resultante da liberdade da auto-organização da empresa, cotejada à responsabilidade pelas consequências de suas atividades¹⁷⁵.

Por fim, argumenta que o terceiro fundamento da culpabilidade das pessoas jurídicas reside na possibilidade de intervir em assuntos públicos, calcada na liberdade de expressão para participar do processo de criação e definição das normas sociais¹⁷⁶. Por tais razões, toda e qualquer teoria da culpabilidade do ente moral deveria estar fundada na análise da organização e da cultura autossustentável do ambiente empresarial¹⁷⁷.

Denota-se que o autor cria uma estrutura de responsabilidade penal tendo como lastro do injusto penal o *defeito da organização*, enquanto a culpabilidade residiria no descumprimento das normas penais pertinentes, por parte do “cidadão corporativo”, considerando a ausência ou ineficiência de uma cultura de cumprimento do Direito.

Em termos práticos, somente as organizações empresariais complexas estariam submetidas às normas penais. Para tanto, devem se submeter a programas de *compliance* em busca de evitar falhas estruturais capazes de colocar o ente moral fora de uma área de risco permitido pelo Direito Penal, o que justificaria sua aplicação.

Em que pese a tentativa de uma teoria fundada na completa desvinculação entre a atividade da pessoa natural e da pessoa jurídica, com base numa estrutura argumentativa complexa, o modelo apresentado não está livre de críticas, sobretudo no que se refere à culpabilidade.

A primeira delas está em estabelecer o conceito e o conteúdo do que seria um programa eficaz para a prevenção de riscos que ultrapassem a barreira do permitido pelo Direito Penal. Para Busato é temerário acreditar que um jurista, especialmente um magistrado criminal, sem a formação necessária (gerencial, administrativa ou econômica) possa realizar um juízo de valor sobre os aspectos estruturais de determinada empresa, para avaliar a organização e, conseqüentemente, aferir a idoneidade estrutural do ente moral¹⁷⁸.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 5, n. 9, p. 167-182, jul./dez. 2013, p. 170. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/24/21>. Acesso em: 07/10/2024.

¹⁷⁸ BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 5, n. 9, p. 167-182, jul./dez. 2013, p. 178. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/24/21>. Acesso em: 07/10/2024.

Ao nosso ver, a objeção apresentada por Busato não encontra maiores dificuldades, sobretudo na práxis forense. Isso porque não são poucos os casos em que o magistrado prescinde de conhecimentos técnicos para aplicação da lei penal. Aliás, a ausência de conhecimento específico em determinada área, remete à produção de prova pericial, como ocorre nos casos de erro médico, por exemplo. Sem prejuízo do fato de que a decisão do juiz não está adstrita às conclusões do laudo pericial.

Outro ponto que exige reflexão, refere-se aos parâmetros necessários para definir se uma organização possui uma cultura interna voltada à fidelidade ao Direito. Sobre esse aspecto, Alamiro Neto sustenta a comprovação mediante a apresentação de documentos das atividades da empresa, campanhas internas, códigos de conduta e ética corporativa, etc., assim como um diálogo do Direito Penal com os responsáveis pelas estratégias adotadas pelas empresas¹⁷⁹.

Com efeito, entendemos que o modelo construtivista encerra o mesmo resultado prático dos modelos anteriores, qual seja, a violação de uma única norma, aquela que impõe a correta organização do ente moral. Se não bastasse, o modelo construtivista em muito se assemelha à ideia de culpa da empresa, na modalidade de imprudência. Verifica-se que a premissa da culpabilidade apresentada por Gomes-Jara Díez está calcada na ausência da adoção de um sistema de *autorregulação*, consubstanciada numa omissão, inerente ao dever de cuidado que deve possuir a atividade empresarial.

Considerando o moderno conceito analítico de crime, que a partir do finalismo de Welzel, dolo e culpa passaram a integrar o fato típico, o modelo construtivista, em verdade, acaba por transferir para a culpabilidade uma das modalidades de culpa (imprudência), retrocedendo a um modelo superado em relação às pessoas naturais.

Essa semelhança existente entre os raciocínios causal-naturalista e construtivista, permite afirmarmos que o conceito de culpabilidade proposto por Gómez-Jara Díez nada mais faz do que a releitura de uma teoria que já foi abandonada pela dogmática penal há muitos anos, e transforma uma das elementares da tipicidade (imprudência) em uma modalidade de culpabilidade – da mesma maneira que os causalistas do século passado¹⁸⁰.

¹⁷⁹ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 141.

¹⁸⁰ BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 5, n. 9, p. 167-182, jul./dez. 2013, p. 176. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/24/21>. Acesso em: 07/10/2024.

O fato típico resultava de mera comparação entre a conduta objetivamente realizada e a descrição legal do crime, sem analisar qualquer aspecto de ordem interna, subjetiva¹⁸¹. Com efeito, o autor espanhol acabou por adotar, em desfavor das pessoas jurídicas, uma teoria naturalista ou causal, defendida até o século XIX, em que o dolo e a culpa se sediavam na culpabilidade e não pertenciam ao tipo.

Nesse contexto, verifica-se que em ambos os sistemas apresentados, seja ele da heterorresponsabilidade ou da autorresponsabilidade, existem problemas teóricos e práticos no que se refere a aplicação da lei penal ao ente moral. Contudo, considerando a complexidade das relações humanas e a realidade corporativa que, em muito, passou a interferir nessas relações, a busca por uma responsabilização penal da pessoa jurídica tornou-se uma obsessão para os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive no Brasil.

4.1.3 Da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foram estabelecidos alguns comandos ao legislador ordinário, em matéria penal, conhecidos na doutrina como mandados constitucionais de criminalização. Neles são indicadas matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral¹⁸². Basicamente, são prescrições em que a Carta Magna determina a criação de leis penais para determinadas condutas.

Contudo, é possível encontrar na doutrina posição que sustenta a impossibilidade de se extrair mandados de criminalização da Constituição Federal que, sob uma perspectiva de política criminal, tais determinações iriam de encontro à essência do Estado Democrático de Direito¹⁸³.

¹⁸¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. v.1. 28ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book, p. 101. ISBN 9788553622696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553622696/>. Acesso em: 07/10/2024.

¹⁸² MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (art. 1º a 120). vol. 1. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

¹⁸³ NERO, Glauter Del; NAVES, José aulo Micheletto. Considerações dogmáticas sobre o crime de cartel. IN: CURY, Rogério. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. E-book, p. 69. ISBN 9786556270531. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556270531/>. Acesso em: 08/10/2024.

Trata-se de posição minoritária, sobretudo pelo fato de que há diversos dispositivos que, explicitamente, impõem ao legislador infraconstitucional a confecção de leis penais. Como exemplo temos os seguintes dispositivos: artigo 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e parágrafo 3º (tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados com quórum especial) e 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); artigo 225 (condutas lesivas ao meio ambiente); e artigo 227, § 4º (abuso, violência e exploração sexual da criança ou adolescente). São apenas alguns exemplos, sem considerar aqueles dispositivos que, implicitamente, trazem a mesma imposição constitucional.

No que se refere às pessoas jurídicas, a doutrina menciona dois dispositivos em que a Constituição Federal fixa o dever de criminalização de condutas perpetradas pelo ente moral. O primeiro deles é o artigo 173, § 5º, sobre o qual alguns doutrinadores sustentam, sob certa controvérsia, que a Constituição, ainda que de maneira implícita, determinou a imposição de sanções penais aos entes morais nos casos de crimes financeiros¹⁸⁴.

Nessa linha, tomando por base o referido dispositivo constitucional, Guilherme de Souza Nucci argumenta que, se a pessoa jurídica já responde por crimes ambientais, não haveria qualquer impedimento de responder por outros delitos. Crimes, aliás, perfeitamente compatíveis com a autoria de quem atua no mercado econômico-financeiro e lida com consumidores¹⁸⁵.

Cezar Roberto Bitencourt, por sua vez, não nega a existência dos mandados de criminalização, porém, não tem a mesma percepção sobre o referido dispositivo, pois, sequer o considera autorizador da imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica. Conclui o autor que a responsabilidade pessoal dos dirigentes não se confunde com a responsabilidade da pessoa jurídica; e a Constituição não dotou a pessoa jurídica de responsabilidade penal. Ao contrário, condicionou a sua responsabilidade à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza, que, certamente, não são as de natureza penal¹⁸⁶.

¹⁸⁴ BRASIL. CRFB, Art. 173, § 5º: A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

¹⁸⁵ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**: arts. 1º a 120. v.1. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book, p. 281. ISBN 9786559646852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646852/>. Acesso em: 08/10/2024.

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cezar R. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. 4th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book, p. 361. ISBN 9786555598896. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598896/>. Acesso em: 08/10/2024.

No mesmo sentido é a posição de Paschoal, ao afirmar que a Constituição Federal previu esse tipo de responsabilidade somente ao bem jurídico meio ambiente, de modo que alargar a responsabilidade criminal do ente moral afronta a Carta Magna¹⁸⁷.

Em que pesem manifestações em sentido contrário, considerando a posição majoritária da jurisprudência, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que haja dúvidas no que se refere à previsão do artigo 173, § 5º da Carta Magna, o artigo 225, § 3º, revela-se como a segunda hipótese de mandado de criminalização atribuível à pessoa jurídica.

Estabelece que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, *peçoas físicas ou jurídicas, a sanções penais* e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em sentido contrário, Luís Greco sustenta interpretação diversa ao dispositivo, ao afirmar que reconhecido princípio da culpabilidade pela ordem constitucional vigente, a expressão “sanções penais” refere-se somente às pessoas físicas, não jurídicas¹⁸⁸.

Ainda, sob o mesmo prisma, assevera Luiz Regis Prado:

Não há falar aqui, porém, em previsão de responsabilidade criminal das pessoas coletivas. Aliás, o dispositivo em tela refere-se, claramente, a conduta/atividade, e, em sequência, a pessoas físicas ou jurídicas. Dessa forma, vislumbra-se que o próprio legislador procurou fazer a devida distinção, através da correlação significativa mencionada. Nada obstante, mesmo que – *ad argumentandum* – o dizer constitucional fosse em outro sentido – numa interpretação gramatical (a menos recomendada) diversa –, não poderia ser aceito. Não há dúvida de que a ideia deve prevalecer sobre o invólucro verbal¹⁸⁹.

Não obstante vozes em sentido contrário, ainda que com certo atraso legislativo, em 12 de fevereiro de 1998, foi promulgada a Lei dos Crimes Ambientais – Lei n.º 9.605/1998, com a finalidade de conferir efetividade ao comando constitucional.

Em seu artigo 3º, impõe que: as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e *penalmente* conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração

¹⁸⁷ PASCHOAL, Janaina C. **Direito Penal: Parte Geral**. 2nd ed. Barueri: Manole, 2015. E-book. p.190. ISBN 9788520449196. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520449196/>. Acesso em: 12/10/2024.

¹⁸⁸ GRECO, Luis. Opõe-se ao princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. IN: **As razões do Direito Penal**. Quatro estudos. Luis Greco; tradução e organização: Eduardo Viana; Lucas Montenegro; Orlandino Gleizer. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

¹⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 147.

seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade¹⁹⁰.

Com efeito, a partir da promulgação da Lei n.º 9.605/1998 não há barreiras no ordenamento jurídico brasileiro à responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação aos crimes ambientais, fato consolidado pela jurisprudência, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, como pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

No Pretório Excelso, a matéria foi objeto de análise no julgamento do HC n.º 92921/BA¹⁹¹, em 25/09/2008, em acórdão da relatoria do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski. O ministro entendeu que a responsabilidade penal da pessoa jurídica deveria ser analisada com fundamento em conceitos tradicionais do Direito Penal, sem prejuízo de certo alargamento, sobretudo em relação à culpabilidade.

Ainda sobre o tema, o Supremo Tribunal também se manifestou no HC n.º 88.747, relatado pelo Exmo. Min. Ayres Brito, julgado em 15/09/2009; bem como no AgRg no RE n.º 593.729, em acórdão da lavra do Exmo. Ministro Cezar Peluso, julgado em 06/03/2009.

Nesse contexto, importante trazermos à colação o argumento de Ney Barros de Bello Filho, ao sustentar que a jurisprudência da cúpula do judiciário brasileiro, claramente apoiada no texto constitucional, consolidou a responsabilidade penal da pessoa jurídica tanto no âmbito

¹⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 9.605** de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm.

¹⁹¹ Supremo Tribunal Federal - EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU a SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA CO-ACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. I - Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas assecuratórias, como o habeas corpus. II - Writ que deve ser havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra ilegalidades ou abuso de poder quando figurar como co-ré em ação penal que apura a prática de delitos ambientais, para os quais é cominada pena privativa de liberdade. III - Em crimes societários, a denúncia deve pormenorizar a ação dos denunciados no quanto possível. Não impede a ampla defesa, entretanto, quando se evidencia o vínculo dos denunciados com a ação da empresa denunciada. IV - Ministério Público Estadual que também é competente para desencadear ação penal por crime ambiental, mesmo no caso de curso d'água transfronteiriços. V - Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir. VI - O trancamento de ação penal, por via de habeas corpus, é medida excepcional, que somente pode ser concretizada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, estiver extinta a punibilidade, for manifesta a ilegitimidade de parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. VII - Ordem denegada. HC 92921, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19-08-2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-03 PP-00439 RJSP v. 56, n. 372, 2008, p. 167-185.

da dimensão empírica da dogmática tridimensional quanto nas searas da dimensão analítica e normativa¹⁹².

Ainda, nas palavras de Ney Bello Filho, “não é possível ao intérprete, nem mesmo ao STF, substituir a construção do constituinte originário por outra que lhe pareça melhor e em conformidade com a história do direito, ou a qualquer movimento de cultura jurídica”¹⁹³. Portanto, estaria assim sedimentada a possibilidade de a pessoa jurídica responder por ilícitos penais na seara ambiental.

Apesar da importância das decisões anteriormente mencionadas, no que se refere ao reconhecimento do mandamento constitucional à aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica aos crimes ambientais, algumas questões se mantiveram pendentes de posicionamento da Suprema Corte.

Por muito tempo, no que se refere às ações penais, o Superior Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário brasileiro responsável pela análise e uniformização de matéria federal, entendeu a necessidade do oferecimento de denúncia contra a pessoa jurídica cumulada com a pessoa física, sob pena de trancamento do feito. Tratava-se da aplicação da teoria da dupla imputação.

O entendimento da Corte Superior, sustentava-se na interpretação do disposto nos artigos 2º e 3º, da Lei n.º 9.605/1998, ao instituir que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e *penalmente* conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade, complementado pelos artigos 13, caput, e 29, caput, do Código Penal¹⁹⁴.

Considerando o disposto na Lei dos Crimes Ambientais, Maria Tereza Grassi Novaes entende que o Brasil adotou o modelo da heterorresponsabilidade. Para autora, a adoção desse modelo ocorreu para justificar o entendimento de que o ente coletivo sofre repercussões penais pelos crimes praticados em seu benefício por seus gestores ou empregados e deveria ser

¹⁹² BELLO FILHO, Ney de Barros. Responsabilidade criminal da pessoa jurídica por crimes contra o meio ambiente: um balanço após 27 anos de Constituição. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 80/2015, p. 233-256. Nov-Dez/2015 DTR/2015/16801, p. 3. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a898942000001926d3a6da1a7ccda7c&docguid=I3a9b33c0af8111e5a7dd010000000000&hitguid=I3a9b33c0af8111e5a7dd010000000000&spos=2&epos=2&td=11&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 08/10/2024.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (art. 1º a 120). vol. 1. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 326.

necessariamente denunciado junto com estes¹⁹⁵. Complementando, afirmou que o artigo 3º da LCA não atesta que as pessoas jurídicas praticam crimes ambientais por si mesmas, mas que elas serão punidas por ato de terceiros, e não por ato próprio¹⁹⁶.

Nesse ponto, merece destaque a decisão prolatada pelo c. Superior Tribunal de Justiça no HC 93867/GO¹⁹⁷, que ratificou tais requisitos e, por conseguinte, denegou o *habeas corpus* impetrado, sob o fundamento de que a ação penal havia sido imputada tanto à pessoa jurídica quanto às pessoas físicas envolvidas, que atuam com elemento subjetivo próprio.

Analizando o tema sob uma perspectiva material, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça fazia sentido, considerando que o modelo de heterorresponsabilidade revela a transferência dos atos da pessoa física, seja ela entendida como o “cérebro” ou “membros” corporificados no ente moral, ou ainda, como o injusto do indivíduo, representado pelo seu ato humano e concreto, que se atribui responsabilidade penal à pessoa jurídica¹⁹⁸. Consequentemente, ao ser adotado tal modelo, tornar-se-ia imprescindível o oferecimento de denúncia contra o ente coletivo, bem como contra a pessoa natural.

Todavia, levada a matéria ao Supremo Tribunal Federal, a Ministra Rosa Weber, responsável pela relatoria do acórdão, à época compondo a 1ª Turma, apresentou voto em que apreciou a questão pertinente à teoria da dupla imputação. Trata-se de voto paradigmático, pois caminhou em sentido contrário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que promovia o arquivamento daquelas ações em que não eram denunciadas cumulativamente pessoas físicas e jurídicas. Defendeu que, independentemente da cumulação, as demandas deveriam ser recebidas, processadas e julgadas.

¹⁹⁵ NOVAES, Maria Tereza Grassi Novaes. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz dos pressupostos do artigo 3º da Lei nº 9.605/98**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2022, p. 32.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹⁹⁷ PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE QUALIFICAR-SE A PESSOA JURÍDICA COMO PACIENTE NO WRIT. SISTEMA OU TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. DENÚNCIA. INÉPCIA NÃO VERIFICADA. I - A orientação jurisprudencial desta Corte firmou-se no sentido de não se admitir a utilização do remédio heroico em favor de pessoa jurídica (Precedentes). II - Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). III - A denúncia, a teor do que prescreve o art. 41 do CPP, encontra-se formalmente apta a sustentar a acusação formulada contra o paciente, porquanto descrita sua participação nos fatos em apuração, não decorrendo a imputação, de outro lado, pelo simples fato de ser gerente da pessoa jurídica ré. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. HC n. 93.867/GO, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 8/4/2008, DJe de 12/5/2008.

¹⁹⁸ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 307.

Assim, em 06/08/2013, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 548.181/PR, o órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal operou verdadeira mudança jurisprudencial ao se referir a algumas teses reverberadas pela doutrina especializada.

No acórdão de sessenta e quatro laudas, além da análise de questões que orbitavam a matéria recursal, sustentou que o artigo 225, § 3º, não condicionou a propositura de ação penal por crimes ambientais, contra o ente moral, de forma simultânea à pessoa física. A imposição de tal condição traria dificuldades ainda maiores à proteção do bem jurídico ambiental, diante da complexidade das atuais organizações empresariais. Logo, a obrigatoriedade da dupla imputação resultaria em indevida restrição à norma constitucional que determinou a responsabilização criminal das pessoas jurídicas. Ademais, a manutenção dessa restrição resultaria em impunidade, considerando a dificuldade de identificar, individualizar e responsabilizar as pessoas físicas pertencentes aos entes corporativos¹⁹⁹.

Evidente que a decisão em comento não passou incólume a críticas.

Para Alamiro Netto, a decisão simplesmente partiu da premissa da proteção constitucional ambiental e que a dupla imputação se mostrava como um obstáculo que deveria ser removido, apresentando-se carente de argumentos dogmáticos no âmbito do desenvolvimento doutrinário, onde sequer foram debatidas as consequências da adoção de um modelo de heterorresponsabilidade ou autorresponsabilidade²⁰⁰.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. RE 548181, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06-08-2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00464.

²⁰⁰ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 309.

Todavia, da análise do acórdão, podemos concluir que a decisão ratificou a adoção do modelo da heterorresponsabilidade, ainda que de forma implícita, em que pesem as dificuldades anteriormente enunciadas neste trabalho quanto ao modelo de responsabilização do ente moral adotado.

No que se refere ao objeto da decisão, cumpre salientar que a discussão tinha natureza estritamente processual, conforme afirmado pela própria Ministra Rosa Weber ao mencionar que “a inconformidade versa sobre (ii) o condicionamento da ação penal contra a pessoa jurídica à persecução simultânea contra a pessoa física em tese responsável, no âmbito interno empresarial, pelo delito ambiental”²⁰¹. Porém, a decisão fez uso de argumentos tanto de matéria processual quanto material para afastar a obrigatoriedade da dupla imputação, mas sem diferenciá-los de forma clara²⁰².

Sob esse aspecto, denota-se que o Supremo Tribunal Federal não condicionou a obrigatoriedade de condenação ou absolvição cumulada dos envolvidos. Em outras palavras, a absolvição da pessoa física não importa, necessariamente, em ter o mesmo destino da pessoa jurídica, situação que não resulta em violação à teoria objeto da discussão.

Segundo Shecaira, a teoria da dupla imputação é “o nome dado ao mecanismo de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilidade penal das pessoas físicas que contribuírem para a consecução do ato”²⁰³.

No mesmo sentido, Fernando Capez afirma que “a responsabilidade da pessoa jurídica não interfere na responsabilidade da pessoa física que praticou o crime. É o que se chama sistema paralelo de imputação: há um sistema de imputação para a pessoa física e outro para a pessoa jurídica”²⁰⁴.

Sob essa perspectiva é possível concluir que a teoria da dupla imputação se refere à imputação simultânea da prática de crime tanto ao ente moral quanto à pessoa natural. Isso não significa dizer que, necessariamente, estaria vinculada ao oferecimento de denúncia cumulada contra o ente moral e a pessoa natural envolvida, caso em que haveria uma certa confusão entre

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 548181, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06-08-2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00464, p. 1.

²⁰² NOVAES, Maria Tereza Grassi Novaes. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz dos pressupostos do artigo 3º da Lei nº 9.605/98**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2022, p. 43.

²⁰³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2003, p. 148.

²⁰⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120. v.1. 28ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. pág.136. ISBN 9788553622696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553622696/>. Acesso em: 13/10/2024.

o Direito Penal e o Processual Penal. Nesse diapasão, o instituto da dupla imputação não é sinônimo perfeito de litisconsórcio passivo necessário²⁰⁵.

Aliás, conforme prevê o artigo 26 da Lei dos Crimes Ambientais, trata-se de ação penal pública incondicionada de tal modo que o princípio da indivisibilidade é aplicável às ações privadas. Portanto, nas ações públicas vige a divisibilidade, de tal modo que o oferecimento da denúncia apta, em obediência aos requisitos do artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais, não deve olvidar-se em descrever a conduta humana criminosa praticada pelo representante legal ou contratual, ou do órgão colegiado, no interesse ou benefício do ente moral. Em outras palavras, isso não significa a necessária identificação dos envolvidos, mas do ato de gestão que resultou o ilícito penal.

Com efeito, sob uma perspectiva processual, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, não apresentavam qualquer justificativa à denúncia cumulada, haja vista que, nem mesmo a indivisibilidade da ação penal poderia ser argumentada dada a inaplicabilidade do princípio à ação penal pública²⁰⁶.

Assim, com fulcro na decisão paradigmática prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça mudou seu entendimento passando a processar e julgar as ações penais contra pessoas jurídicas por crimes ambientais, independentemente da imputação concomitante da pessoa natural que atuava em seu nome. Como exemplo, podemos extrair da jurisprudência daquela corte o RMS 39.173/BA, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5.^a Turma, j.06.08.2015, noticiado no Informativo 566²⁰⁷.

²⁰⁵ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 310.

²⁰⁶ BELLO FILHO, Ney de Barros. Responsabilidade criminal da pessoa jurídica por crimes contra o meio ambiente: um balanço após 27 anos de Constituição. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 80/2015, p. 233 – 256. Nov-Dez/2015. DTR\2015\16801, p. 10. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a898942000001926d3a6da1a7ccda7c&docguid=I3a9b33c0af8111e5a7dd010000000000&hitguid=I3a9b33c0af8111e5a7dd010000000000&spos=2&epos=2&td=11&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 08/10/2024.

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. 1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014.

2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas

Nessas condições, podemos concluir que, ainda que responsabilidade penal da pessoa jurídica seja objeto de questionamentos por parte da doutrina, foi absorvida pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme os julgados mencionados. Outrossim, a adoção de um modelo de heterorresponsabilidade, em que há uma transferência dos atos das pessoas físicas para a pessoa jurídica, por eles beneficiada, foi sedimentada pela jurisprudência brasileira.

Com efeito, o Recurso Extraordinário n.º 548.181/PR veio colocar uma pá de cal em relação à dupla imputação necessária, ainda que o sistema da heterorresponsabilidade tenha sido levado ao limite, ao prescindir a identificação da pessoa natural envolvida. Por outro lado, isso não significa dizer que, na denúncia, não deva o Ministério Público narrar adequadamente os fatos traçando o liame entre a conduta humana e o interesse ou benefício da sua entidade.

Por fim, o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito Brasileiro, a coloca numa posição diversa em relação aos sujeitos do crime, passando a assumir a posição de autora do delito perpetrado, no que se refere à seara ambiental. Para tanto, nos termos da Lei n.º 9.605/1998, é necessário que a infração seja cometida no interesse ou benefício do ente moral.

É importante destacar, novamente, que o mote do presente trabalho não é discutir sobre a correção das decisões do c. Superior Tribunal de Justiça, ou mesmo do Pretório Excelso no que se refere à imputação do ente moral, ainda que existentes diversas vozes dissonantes, conforme apresentadas anteriormente, em relação às quais, tendemos a nos filiar.

O intuito deste ponto foi demonstrar a evolução das discussões pertinentes à responsabilização do ente moral que acabou por dar destaque a si, sem, no entanto, resolver a questão pertinente ao ser humano por trás de suas atividades.

A consolidação da imputação exclusiva da pessoa jurídica, notadamente em relação aos crimes ambientais, abre espaço para discussão sobre a imputação das pessoas naturais no tocante aos crimes de empresa.

Ademais, com base na dogmática estabelecida, a responsabilização penal das pessoas jurídicas não deve ser confundida com os critérios dogmáticos estabelecidos pela teoria do domínio do fato, especialmente na sua vertente relativa à autoria mediata por meio de aparato organizado de poder. Ainda que a atuação delituosa de dirigentes empresariais por vezes se

espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. RMS n. 39.173/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe de 13/8/2015.

realize por intermédio da estrutura organizacional da empresa, não se pode, por esse motivo, atribuir à própria pessoa jurídica a posição de autora mediata, sob pena de grave deturpação teórica.

4.1.4 Incompatibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica com a teoria do domínio do fato

Conforme anteriormente analisado é possível concluir que a imputação penal da pessoa jurídica se dá com base em critérios normativos, vinculados à atuação de seus representantes legais ou órgãos diretivos, desde que no interesse ou benefício da entidade, sob o lastro de um modelo de heterorresponsabilidade, ainda que bastante extremada.

Admite-se a responsabilidade tendo por premissa a atuação de seus representantes ou órgãos diretivos, ainda que não se identifique um agente específico, conforme salientado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 548.181/PR, relatado pela Ministra Rosa Weber.

Sob essa perspectiva, a pessoa jurídica assume posição central no acontecer típico, notadamente como autora do delito, e por esse motivo responsabilizada criminalmente.

Nesse ponto, não se deve olvidar a justificativa apresentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal para a imputação exclusiva do ente moral, ignorando a teoria da dupla imputação, sob o argumento da dificultosa localização e imputação do ser humano causador do delito. Na maioria dos casos, sob o manto de uma estrutura complexa, na qual se encontram as atuais organizações empresariais.

Portanto, essa forma de imputação mostra-se incompatível com a teoria do domínio do fato, especialmente em sua vertente voltada à autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, desenvolvida por Claus Roxin.

Nesse cenário, é imperiosa a distinção entre o uso da empresa como instrumento da ação penalmente relevante (hipótese em que os seus dirigentes ou representantes podem figurar como autores mediatos, caso preenchidos os requisitos do domínio organizacional do fato) e a tentativa de responsabilizar a própria pessoa jurídica como autora mediata, o que é juridicamente inadmissível.

A teoria do domínio do fato funda-se sobre uma dogmática penal orientada pelo conceito restritivo de autor, em que somente é considerado autor aquele que detém o domínio sobre a realização do tipo penal, sendo capaz de iniciar, conduzir ou sustar a ação típica.

Por sua vez, a responsabilidade penal da pessoa jurídica baseia-se em um modelo normativo que dispensa a presença de consciência subjetiva ou volição autônoma. A empresa age por meio de seus representantes e, sob uma perspectiva do Direito Penal tradicional, não possui, por si, capacidade de compreender o caráter ilícito de um comportamento, tampouco de decidir livremente por sua realização.

A pessoa jurídica carece de vontade própria, não possui consciência, tampouco pode exercer domínio do fato nos moldes estabelecidos pela teoria roxiniana. Trata-se de um ente que atua por intermédio de seus órgãos ou representantes, sendo a sua responsabilidade penal, portanto, construída normativamente, e não funcionalmente. Nesse sentido, leciona Zaffaroni:

Não se pode falar de uma vontade, em sentido psicológico, no ato de uma pessoa jurídica, o que exclui qualquer possibilidade de admitir a existência de uma conduta humana. A pessoa jurídica não pode ser autora de delito, porque não tem capacidade de conduta humana no sentido ôntico-ontológico da mesma.²⁰⁸

Já a teoria do domínio do fato pressupõe, como elemento central, a presença de dolo e consciência situacional por parte do autor, sendo inadmissível a imputação penal sem um substrato subjetivo mínimo.

O autor, segundo Roxin, é aquele que domina a realização do tipo penal, podendo dirigir o *iter criminis* de maneira funcional. No caso da autoria mediata, esse domínio se dá por meio da manipulação de estruturas que funcionam como verdadeiros aparatos organizados de poder, cujos membros executam as ordens sem questionamento ético ou jurídico.

A pessoa jurídica, todavia, não é capaz de dominar a ação penalmente relevante, tampouco de organizar e executar condutas criminosas por vontade própria. A responsabilidade da empresa decorre da atuação de seus órgãos ou dirigentes no interesse da entidade, mas não configura domínio do fato nos moldes exigidos pela teoria.

A incompatibilidade entre essas duas construções teóricas é evidente. A teoria do domínio do fato parte de pressupostos subjetivos e finalistas, como dolo, consciência situacional e controle funcional do fato típico. Todos esses elementos são inegavelmente humanos, de modo que uma pessoa jurídica, enquanto ente puramente jurídico e destituído de

²⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal** – Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996. p. 339

vontade própria, não possui capacidade de agir no plano da ação penal típica nos moldes exigidos pela teoria.

Ainda, exige, como pressuposto fundamental, a presença de um agente pessoa natural, dotado de vontade e consciência, que detenha o domínio funcional ou estrutural do fato típico, exercido por meio de uma estrutura hierárquica rígida que permite substituir executores sem comprometer a realização do plano delitivo. Tal construção destina-se, originariamente, a explicar hipóteses em que um agente que ocupa posição de cúpula dentro de uma organização (seja ela criminosa, estatal ou empresarial) manipula o aparelho organizacional para realizar condutas penalmente típicas, valendo-se de subordinados que atuam como meros executores fungíveis.

Por sua vez, a pessoa jurídica apenas responde por imputação construída artificialmente a partir de condutas humanas.

Nesses termos, o autor mediato é aquele que, mesmo distante da execução, exerce domínio sobre a vontade do executor imediato por intermédio de uma estrutura hierárquica rígida, capaz de substituir seus agentes sem comprometer a funcionalidade da organização criminosa ou autoritária.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha admitido a responsabilização penal direta da pessoa jurídica sem a necessidade de responsabilização concomitante da pessoa física, tal responsabilização é construída sobre bases normativas e de política criminal, e não sobre categorias clássicas de autoria ou coautoria.

Discute-se até hoje a ausência de culpabilidade da pessoa jurídica, no sentido dela sofrer um juízo de censura, próprio do ser humano, como bem ressalta René Ariel Dotti:

Os crimes (ou delitos) e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos. Quando o CP trata deste assunto o faz em consideração às pessoas naturais, como agentes que revelam capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.²⁰⁹

A pessoa jurídica não exerce domínio do fato; ela apenas responde, por construção legal, por atos praticados por seus dirigentes quando estes atuam em seu interesse ou benefício.

Essa constatação é relevante para os limites da imputação penal no âmbito empresarial. Se por um lado a pessoa jurídica não pode figurar como autora mediata nos moldes da teoria de

²⁰⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 303.

Roxin, por outro, é possível atribuir autoria mediata aos dirigentes empresariais que se valem do aparato organizacional de poder da empresa para cometer delitos, desde que preenchidos os requisitos estruturais exigidos pela teoria (estrutura hierárquica rígida, fungibilidade dos executores e domínio do aparato organizacional).

Em suma, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ainda que justificada por razões político-criminais contemporâneas, não se coaduna com os elementos dogmáticos da teoria do domínio do fato, revelando, portanto, uma incompatibilidade estrutural, ontológica e funcional entre ambas as construções.

4.2 Crimes de empresa: autoria imediata e coautoria

Sob essa perspectiva da teoria do domínio do fato, o ente moral deve ser analisado não como agente do fato criminoso, mas como instrumento para a empreitada criminosa. Daí a importância da teoria de Roxin e a análise da possibilidade de sua aplicação à criminalidade empresarial. Portanto, o foco é a pessoa natural que se vale da pessoa jurídica para a prática de atos delituosos.

Em proêmio, considerando a estrutura constitucional firmada pelo Estado Brasileiro, sobretudo quanto à aplicação de um *direito penal do fato*, não do *autor*, é insofismável que a simples ocupação de determinado cargo, em qualquer organização, não é suficiente para gerar responsabilidade penal por crime praticado por terceiro dentro daquela. Aliás, daí a necessidade da realização da distinção entre infrações de dever e aquelas de domínio, conforme demonstrado anteriormente. Valiosas as lições de Thiago Baldani Gomes de Fillippo:

Deveras, o domínio do fato nunca serviu para se presumir responsabilidade penal e tampouco para se dispensar o elemento subjetivo devido à posição de comando ou chefia assumida pelo agente no âmago organizacional, em nada se aproximando ao instituto da command responsibility, previsto no art. 28 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que, em síntese, estatui a responsabilidade criminal do chefe militar ou de outros superiores hierárquicos por crimes de competência do tribunal cometidos por seus subordinados a partir de sua mera posição de comando, diante da mera ausência de exercício de um controle apropriado sobre essas forças.²¹⁰

Nesse contexto, ao tratarmos de um ocupante de determinado cargo numa empresa, esse

²¹⁰ SALGADO, Daniel de R.; BECHARA, Fábio R.; GRANDIS, Rodrigo de. **10 Anos da Lei das Organizações Criminosas: Aspectos Criminológicos, Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Almedina, 2023. E-book. p.287. ISBN 9786556278865. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556278865/>. Acesso em: 14 jun. 2025.

deverá exercer certa função de comando e, em decorrência desse fato (mas não somente), poderemos pensar em responsabilização por ato de terceiro, caso o gestor emita uma ordem ou tenha se omitido quando necessária sua intervenção.

No que se refere ao concurso de agentes, no contexto brasileiro, vigem as regras pertinentes ao Código Penal, especificamente aquelas dispostas no artigo 29, de modo que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Conforme mencionado no início do presente trabalho, verifica-se que o Direito Penal brasileiro, pode nos levar a entender a adoção de uma teoria *unitária*, diante da ausência de uma distinção explícita entre autor e partícipe e *extensiva*, no sentido de que todos os que de alguma forma contribuem para a infração penal podem ser considerados *autores do delito*.

Nessa senda, o agente que concorrer para o crime, por ele responderá com os demais, de tal forma que todos realizam o tipo, não sendo exigível, nos termos da lei e sob uma leitura tradicional, a distinção entre autoria e participação. Ressalva que se dá somente ao *quantum* da pena. Cabe salientar que adotamos posição em sentido oposto, apoiados nas doutrinas de Magalhães Noronha e Nilo Batista quanto à existência da figura do partícipe delineada no § 1º, do artigo 29, do Código Penal.

Ainda é possível a criação de tipos penais específicos, como forma de exceção pluralista à teoria monista, possibilitando àquele, antes potencialmente partícipe, converter-se em autor do delito. Situação adotada por nosso estatuto repressivo, por exemplo, em seus artigos 124 (aborto) e 126 (aborto praticado por terceiro), ainda que o resultado alcançado por ambos agentes seja único, de modo a remeter seus respectivos sujeitos ativos a uma autoria direta.

No que se refere ao Direito brasileiro, a relação de causalidade para a prática da infração penal, por sua vez, vem definida no artigo 13, *caput*, sendo certo que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (*conditio sine qua non*). Daí a afirmação quanto a adoção da teoria causalista da ação, pelo Código Penal brasileiro.

Sob essa premissa, eventual contribuição de um gestor de empresa em um delito praticado por seu subordinado, tendo exclusivamente por base a causalidade, sob uma perspectiva tradicional do artigo 29 do estatuto repressivo brasileiro, leva-nos à conclusão de que ele também será criminalmente responsabilizado.

Isto porque, sob uma perspectiva comissiva, em crime doloso, estariam presentes todos

os pressupostos da punibilidade: resultado, conduta, causalidade, imputação objetiva, dolo, ilicitude e culpabilidade. Por sua vez, numa perspectiva omissiva, também se fazem presentes: o resultado, comportamento omissivo apesar da possibilidade física de agir, causalidade hipotética, imputação objetiva, posição de garantidor (art. 13, § 2º, CP), dolo, ilicitude e culpabilidade²¹¹.

Portanto, sob o enfoque tradicional, a responsabilização do gestor de uma organização empresarial, cujo comportamento for *conditio sine qua non* para a ocorrência de resultados tipificados como infrações penais, será plenamente possível, ainda que não tenha ele, de mão própria, praticado a ação ou omissão imediatamente anterior ao resultado.

Contudo, uma redução à simples causalidade para a atribuição da autoria, ao longo do tempo, mostrou-se insuficiente ou mesmo injusta, incluindo a possibilidade de retorno ao infinito, caso não sejam traçados parâmetros bem definidos. Situação para a qual o finalismo trouxe importantes contribuições, bem como a teoria da imputação objetiva, como pressuposto para punibilidade do agente.

Em conformidade com as lições de Luís Greco, a autoria, ou melhor, a realização do tipo, deve ser entendida como ação. Nessa concepção, autor deve ser compreendido como aquele que pratica o fato descrito no tipo penal, contudo, não necessariamente aquele que dá causa ao resultado típico. Daí a conclusão de um *conceito restritivo de autor* (é exatamente o que preconiza a Teoria do Domínio do Fato)²¹².

A problemática, no entanto, resultaria na verificação da possibilidade de responsabilização daqueles agentes que, de alguma forma, contribuem para prática do delito, demandando assim aspectos puramente jurídico-normativos com a finalidade de fazer alcançar eventual punição de instigadores ou cúmplices. Sob a perspectiva da *teoria objetivo-formal* o conceito de autor estaria vinculado somente àquele que pratica o núcleo do tipo penal (de mão própria), de modo que os demais seriam todos partícipes.

Ainda que essa teoria estabeleça uma premissa interessante, de modo a trazer consigo uma distinção clara entre autoria e participação, há condutas cuja atuação dos agentes detém elevada relevância, capaz de fazer surgir problemas no que concerne à ideia de coautoria, inclusive, e até mesmo àquela atualmente entendida como autoria mediata.

²¹¹ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 86.

²¹² *Ibidem*, p. 53.

É exemplo o caso de assalto a um ônibus: qual seria a conduta do agente que, de posse de uma arma, constringe aqueles a entregarem a um comparsa seus objetos de valor? Sob esse aspecto, o roubo seria praticado somente por aquele que efetuou a subtração? E aquele que portava a arma, somente ser-lhe-á atribuída a ameaça? Em uma perspectiva material, não faz o menor sentido tratarmos de modo isolado.

No caso do Direito Penal brasileiro, há a salvaguarda do disposto no artigo 29 do Código Penal ao fazer incidir as penas cominadas no tipo penal a todo aquele que concorre para a realização da infração penal. No exemplo do roubador, a questão parece resolvida sob a ótica da coautoria. Entretanto, ao transportarmos esses problemas à realidade empresarial, como vimos, torna-se tormentosa a simples conjugação dos artigos 13 e 29 do Código Penal, sobretudo em relação à autoria mediata.

Nessas condições, é possível a adequação, ainda que em linhas gerais, da teoria do domínio do fato aos crimes de empresa? Em que medida se daria a responsabilização do superior hierárquico?

Luís Greco faz importante análise sobre a possibilidade do transporte da teoria do domínio do fato aos crimes de empresa, com a ressalva de que, ao distinguir autoria e participação, em verdade, o resultado seria um *conceito restritivo de autor*, tendo em vista que adota um *sistema diferenciador*, ao contrário do que se percebe numa leitura mais tradicional do artigo 29 do Código Penal²¹³. Entendimento esse que se alinha ao nosso, por adotarmos a inserção da figura do partícipe no ordenamento jurídico brasileiro com fulcro na previsão do § 1º, do mencionado dispositivo legal.

Em sua análise, com base na teoria de Roxin, Greco verifica a possibilidade da sujeição do gerente de uma empresa ao Direito Penal nas três modalidades de autoria: imediata, coautoria e mediata.

Para Greco, no que se refere à autoria imediata, não há qualquer controvérsia, uma vez que ao praticar o tipo penal de mão própria estará o gestor incurso no tipo penal respectivo não havendo qualquer ressalva à aplicação da lei penal sobre ele. É certo que ao assim agir, praticando o delito de forma direta, será pleno detentor do domínio do fato que está em suas mãos.

Apesar da aparente simplicidade do exemplo, observa Muñoz Conde que a concepção

²¹³ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 87.

entabulada por Roxin, mesmo nos casos de autoria imediata, possui suas deficiências²¹⁴. Nesse sentido, Alflen complementa a dificuldade de diferenciar a autoria imediata e participação na teoria de Roxin, valendo-se do exemplo de Kuhlen, em relação a um defeito no equipamento de depuração de detritos de uma empresa que tenha causado poluição das águas de um rio, em limites superiores ao permitido pelas normas vigentes. Nesse caso fictício, conhecedor desse fato, o dirigente da empresa continua trabalhando, pois os custos da reparação seriam elevados. Para tanto, obtém a concordância do encarregado de proteção de águas que declara que o equipamento está funcionando conforme as normas pertinentes, de modo que a empresa continua operando e provocando a poluição das águas²¹⁵.

Nessas circunstâncias, se para Roxin, autor imediato é quem pratica “com as próprias mãos” o tipo penal, seria possível classificarmos o encarregado de proteção de águas como autor do delito previsto no artigo 54, § 2º, V (crime de poluição), da Lei dos Crimes Ambientais?

Veja-se que o fato dele atestar que o equipamento funciona corretamente, não o faz causador da poluição do rio, porém, contribui para a continuidade e, até mesmo, o aumento da poluição ao rio. Portanto, conclui-se que ao ser transportada para a realidade empresarial, no que se refere a autoria imediata, a teoria do domínio do fato não se mostra absoluta, de tal sorte que é necessário identificar a posição o agente nas circunstâncias do caso concreto.

Em relação à coautoria, Greco a analisa sob dois aspectos: o primeiro em relação aos requisitos estabelecidos por Roxin (plano comum e contribuição relevante e imputação recíproca); o segundo em relação aos casos de estrutura “horizontal”.

No primeiro aspecto, a relevância da conduta de cada um dos agentes estaria voltada a ideia da efetiva existência de um plano em comum, cabendo a cada um dos agentes o cumprimento de determinada tarefa. Assim, ao emitir o comando para que o funcionário a cumpra, o gestor seria considerado coautor do delito, de modo que cada um daria à efetiva execução do plano uma contribuição relevante. Da reunião desses requisitos, surge a característica fundamental dessa forma de autoria: a imputação recíproca²¹⁶.

²¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoria y participación en el derecho penal económico, o ¿como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de um delito em el ámbito de la delincuencia económica empresarial? **Revista Penal**, Salamanca, n. 9, p. 59-98, ene. 2002, p. 59.

²¹⁵ ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502210097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 25/01/2024, p. 117.

²¹⁶ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 88-89.

No que tange aos casos de uma estrutura “horizontal”, Greco traz como exemplo uma decisão proferida por um órgão colegiado pertencente à estrutura de uma empresa, que decide a comercialização de um produto defeituoso. Sob a perspectiva de uma leitura tradicional do artigo 29, *caput* do Código Penal brasileiro, diante de uma decisão prolatada por maioria simples, todos poderiam buscar valerem-se da regra insculpida no artigo 13, *caput*, do estatuto repressivo, situação que acaba por resultar em completa dissonância com a realidade.

Em outras palavras, em relação ao resultado, somente é imputável quem lhe deu causa (art. 13, *caput*), diante da impossibilidade de se estabelecer quem, de fato, dolosamente, proferiu a decisão determinante para a comercialização do produto defeituoso. Numa concepção tradicional, somente seria possível a imputação pelo crime tentado²¹⁷. Isto porque, não sendo possível especificar a conduta exata de cada agente, estar-se-á, claramente, diante de uma autoria incerta, de modo que deve ser aplicado ao caso o princípio do *in dubio pro reo*, que, nesse exemplo, impõe, no máximo, a responsabilização dos agentes por tentativa.

Por outro lado, segundo a teoria do domínio do fato, em relação a uma estrutura “horizontal” (como no caso do referido conselho deliberativo), ao levar em conta a ideia de uma imputação recíproca, é coautor aquele que, conjuntamente com outra pessoa, contribui de forma relevante para a realização do fato. Nesse sentido, há uma verdadeira extensão da possibilidade de imputação, ao contrário do que ocorre sob uma perspectiva puramente tradicional, que tem como cerne a relação de causalidade.

Por outro lado, agora relacionada a estruturas verticais, surge a problemática quanto à possibilidade ou não de coautoria, tendo em vista que Roxin sustenta que tais estruturas estão diretamente relacionadas à autoria mediata, sobretudo em relação aos aparatos organizados de poder.

Evidentemente que a relação de verticalidade vem calcada na visão que permeia a estrutura de Estados totalitários ou até mesmo de organizações mafiosas, cuja distância entre o executor e aquele que domina o aparato organizado de poder se mostra bastante elevada. Para o jurista alemão, como vimos, na coautoria existe uma estrutura horizontal entre seus agentes, que promovem uma ação conjunta e relevante entre eles, diferentemente do que ocorre na autoria mediata.

Em que pese a existência desses argumentos, ele não descarta a possibilidade de coautoria numa relação vertical quando o próprio chefe da organização pratica determinados

²¹⁷ *Ibidem*, p. 89-90.

atos fundamentais à execução do delito dentro de uma divisão funcional de tarefas. O líder da organização pode ser coautor dando instruções via celular ou rádio, ou agindo em relação ao evento criminoso. Não é necessária uma contribuição essencial na fase executiva, podendo valer-se das modernas tecnologias de comunicação²¹⁸.

Logo, não se descarta que, sob a ótica da teoria do domínio do fato, é possível, ainda que com certas dificuldades, o reconhecimento da coautoria mesmo em relações verticais, tendo em vista que a horizontalidade, ainda que comum, não é requisito essencial à coautoria. Para tanto, repisa, são requisitos à coautoria a existência de um *plano comum* e de uma *contribuição relevante* dos agentes.

Com relação a esses requisitos, discute-se o pressuposto do *plano em comum* no que toca as estruturas empresariais, sobretudo no que concerne à distância entre o gestor e seus funcionários, situação que seria obstáculo para estabelecer-se um liame entre os envolvidos.

Luís Greco menciona a dificuldade de que o gestor da empresa teria, em razão dessa distância, em saber qual dos funcionários executaria a conduta, tampouco quando se daria sua prática. Contudo, em relação à premissa pertinente ao conhecimento do plano, o festejado doutrinador informa que tal situação pode ser contornada, tendo em vista que não se exige que todos os coautores tenham participado da elaboração do plano, tampouco que todos manifestem sua adesão a ele²¹⁹.

De outra banda, o entrave estaria na decisão conjunta de executar o delito, pois tal gestor teria dificuldade de conhecer a intenção do funcionário de praticar o delito em coautoria com ele. E, se assim aderir, o fará de forma tácita, o que não significa decidir em conjunto com o superior hierárquico pela prática do delito, no formato de coautoria estabelecido por Roxin em sua teoria do domínio do fato. Do mesmo modo, a *contribuição relevante* na fase de execução, se considerada a distância entre o gerente que dá ordem e o funcionário que a executa, nos casos em que aquele não participa diretamente da prática núcleo do tipo penal²²⁰.

Nesse diapasão, ainda que exista clara resistência de parte da doutrina quanto a aplicação da teoria do domínio do fato à realidade empresarial, não se deve descartar, de plano, a possibilidade da coautoria ante os obstáculos apresentados. Isto porque, quando singela a distância entre os envolvidos, será coautor do crime, o gestor da empresa que executa parte do

²¹⁸ ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Directo Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 716.

²¹⁹ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 92.

²²⁰ *Ibidem*, p. 92-93.

delito, assumindo para si determinada função relevante para a realização do delito como um todo.

Mesmo havendo certa verticalidade entre ele e os demais executores, no que se refere ao tipo penal praticado, há uma relação horizontal entre os envolvidos, desde que presente *um plano em comum* e uma *contribuição relevante*, que não é impossível, como vimos.

No ambiente corporativo, tal plano pode manifestar-se, por exemplo, através de decisões colegiadas ou diretrizes estratégicas que orientam setores distintos a adotar práticas ilícitas, como fraudes contábeis, corrupção ou crimes ambientais.

Em casos paradigmáticos, como os de delitos financeiros ou ambientais, tem-se admitido a coautoria de diretores e gerentes que, mesmo não executando pessoalmente os atos típicos, participam do plano delitivo mediante decisões estratégicas ou omissões relevantes, em conformidade com as diretrizes traçadas no plano comum.

No que tange a contribuição relevante, cumpre salientar que, apenas quando a conduta do agente se revela essencial para a realização do ilícito, por exemplo, autorizando operações ilegais, implementando decisões ilícitas, é que se pode reconhecer a coautoria baseada no domínio funcional do fato.

Entretanto, concordamos com Greco no sentido de que, diante de tais circunstâncias, não significa dizer que haverá uma extensão de responsabilidade do gerente, uma vez que mesmo numa leitura tradicional, sua conduta estará abarcada pela regra do artigo 13, *caput*, e artigo 29, *caput*, do Código Penal²²¹.

4.3 Autoria mediata e os crimes de empresa

Como vimos anteriormente, é plenamente possível a aplicação da teoria do domínio do fato aos crimes praticados no âmbito empresarial, em alguns casos com maior, em outros, com menor alcance.

Em que pesem as críticas, mostrou-se viável a aplicação da teoria de Roxin aos casos em que o gestor de uma empresa atua, de mão própria para execução do delito (autoria

²²¹ GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro / Luís Greco ... [et alii]. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 97-98.

imediate). Do mesmo modo, aquele poderá ser coautor do delito de maneira mais abrangente quando sua conduta se der no âmbito de uma estrutura horizontal, conforme menciona a doutrina, por exemplo, em relação à atuação dos chamados conselhos deliberativos.

Ainda, será possível identificar a coautoria, agora com menor alcance, nos casos em que o agente, mesmo estando inserido em uma estrutura vertical, execute, em conjunto com terceiro, função relevante para a consecução do delito originário de um plano em comum.

Nesse momento deve ser retomada a pergunta: é possível a ocorrência da autoria mediata em relação às organizações empresariais?

Sobre essa espécie de autoria, na sua formulação originária, era pressuposta a atuação do autor mediato por meio de um instrumento humano, cuja responsabilidade estaria diminuída ou ausente em virtude de causas excludentes de culpabilidade, como erro, coação ou inimputabilidade.

Sob a perspectiva da teoria do domínio do fato, resgata-se nesse momento os conceitos de *homem de trás e homem da frente*. O primeiro deve exercer o domínio sobre a vontade do *homem da frente*, exercendo sobre ele controle capaz de levá-lo à prática do tipo penal.

O domínio da vontade por coação pode ocorrer no plano empresarial, por exemplo, nas situações em que o gestor constrange o homem da frente (um subalterno), valendo-se de ameaça velada ou explícita, de que, em caso de descumprimento de suas ordens, o funcionário perderá o cargo.

Ainda que presente a coação, tal circunstância não é suficiente para isentar de pena o coagido. Isto porque o constrangimento, em tal nível, não é capaz de viciar, por completo, a vontade do agente, que simplesmente pode se negar à prática de eventual delito.

No ordenamento jurídico brasileiro, essa condição resultaria, no máximo, na aplicação de circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “c”, do Código Penal (“cometido o crime sob coação a que podia resistir”)²²², tendo em vista que o coagido tinha liberdade de escolha, ainda que parcial. Consoante as lições de Miguel Reale Júnior, “a obediência à ordem superior, que não se deveria cumprir, por ser ilegal, não deixa de se colocar no campo de limitação da plena liberdade de vontade, razão por que a reprovação há de ser mais

²²² ANDREUCCI, Ricardo. **Manual de direito penal**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book, p. 94. ISBN 9788553620142. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620142/>. Acesso em: 26/10/2024.

branda”²²³.

Por outro lado, somente é isento de pena aquele que sofre coação *irresistível*, que se dá por meio de intimidação capaz de causar mal grave a alguém²²⁴. Logo, em que pese o coagido ser autor de uma ação típica e ilícita, esta não será culpável em razão da inexigibilidade de conduta diversa.

Enfim, superável a coação sem esforços extraordinários, haverá concurso de agentes, como coautoria ou participação punível²²⁵, ou seja, não há falar em autoria mediata, seja nos moldes tradicionais, tampouco na modalidade estabelecida por Claus Roxin.

Por outro lado, o domínio da vontade por *erro* se mostra mais comum. Para tanto, o gestor deve valer-se do funcionário para prática do delito, estando ele em erro e sendo esse fato de conhecimento do superior hierárquico.

Por exemplo: A, chefe do departamento financeiro, decide inflar os lucros da empresa para atrair investidores e melhorar a percepção de mercado. Embora saiba que essa conduta é ilegal, A quer aumentar os bônus e a valorização das ações da empresa. Para isso, ela pede ao funcionário B que registre algumas receitas fictícias. A diz a B que essas receitas são "adiantamentos de clientes" que ainda não foram contabilizados corretamente. Alega que é uma prática contábil comum e legal, enganando B sobre a verdadeira natureza dessas entradas. Confiando na orientação de A e acreditando que está seguindo um procedimento contábil correto (erro de tipo), B faz os registros conforme instruído. Ele não tem a intenção de cometer fraude, pois acredita na informação fornecida por seu gestor. Neste exemplo, B agiu em erro de tipo, sem saber que suas ações eram ilegais, devido à orientação enganosa de seu gestor. Portanto, a responsabilidade criminal recai sobre A, que planejou e orquestrou a fraude, utilizando seu funcionário como instrumento para executar o crime.

Assim, com fundamento na teoria do domínio do fato, no que concerne ao domínio da vontade no âmbito empresarial, é possível concluir pela inocorrência de autoria mediata por coação resistível. Se irresistível (o que se mostra um tanto quanto de difícil ocorrer no âmbito empresarial) e presente o completo domínio da vontade do coagido, é possível falar em autoria

²²³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book, p. 318. ISBN 9788530991609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530991609/>. Acesso em: 26/10/2024.

²²⁴ ASSIS, Mariana Glória de; FRAGA, Patrícia F.; MASSARUTTI, Eduardo A. de S.; e outros. **Direito penal I**. Porto Alegre: SAGAH, 2018. E-book, p. 164. ISBN 9788595025646. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595025646/>. Acesso em: 26/10/2024.

²²⁵ *Ibidem*.

mediata. Do mesmo modo, presente a possibilidade da imputação em caso de erro.

Contudo, Roxin transcendeu esse modelo clássico, desenvolvendo a ideia de que a autoria mediata também pode ocorrer quando o autor se vale de estruturas organizadas, hierarquizadas e funcionalmente desvinculadas do direito, como instrumentos de realização delitiva, ainda que os executores diretos sejam plenamente imputáveis.

A divergência consiste quanto à possibilidade da ocorrência da aplicação do domínio da vontade no que toca o domínio da organização, neste, figurando a empresa como aparato organizado de poder. Para melhor desenvolver o tema, crucial a análise de forma pormenorizada em tópicos apartados.

4.4 Da (im)possibilidade da organização empresarial como aparato organizado de poder

4.4.1 A perspectiva de Claus Roxin

Considerando as bases lançadas por Claus Roxin em relação à autoria mediata por aparatos organizados de poder, lança-se a pergunta: seria possível as organizações empresariais figurarem como instrumento, sob a perspectiva da teoria do domínio do fato, tal qual lançada pelo autor?

Em seu artigo publicado em 2009, *O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*, traz à colação decisões proferidas pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), órgão jurisdicional equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça na Alemanha, Roxin apresenta questões importantes para melhor esclarecer sua teoria.

O jurista alemão, de plano, salienta que para a ocorrência do domínio da organização é necessário o preenchimento dos quatro pressupostos de forma cumulativa, ou seja, a ausência de qualquer um deles fará cair por terra a autoria mediata sob esse formato.

Apesar de estarmos diante de uma nova modalidade de autoria mediata, Roxin propõe que a aplicação de sua teoria se dê com parcimônia, ao sustentar sua discordância quanto a aplicação dessa espécie de autoria aos crimes praticados nos meios empresariais, trazendo à colação críticas a julgados prolatados pela Justiça Alemã.

O autor menciona a decisão do ano de 1997²²⁶ em que a Corte Alemã imputou responsabilidade penal, por autoria mediata, a um dirigente de uma Sociedade de Responsabilidade Limitada, em relação a questões pertinentes à remoção de lixo lesivo ao meio ambiente. Para aquele tribunal alemão, o dirigente era responsável pelo fato terem sido abandonados detritos, sobretudo porque os recolhedores não dispunham de meios de eliminação organizada do lixo. Com essa conduta, os acusados teriam “aberto e indicado o caminho para que os detritos fossem eliminados ilegalmente”²²⁷.

O jurista alemão critica veementemente a aplicação do domínio da organização ao referido caso, considerando ausentes os pressupostos necessários ao domínio da organização. Segundo o jurista alemão, haveria somente um *típico comportamento de instigação*, no que se refere ao termo “abrir caminho” para o preenchimento do tipo penal, circunstância que não lhe dá o domínio do fato como exige sua teoria para a autoria mediata²²⁸.

Em outras palavras, os executores (recolhedores) não eram vinculados à organização empresarial, bem como a expressão “abrir caminho” para que determinado fato ocorra, não faz com que os gestores da empresa tenham o domínio do fato.

No Brasil, em se tratando de crimes ambientais, sob a vigência do artigo 2º da Lei n.º 9.605/1998, a questão seria apreciada sob a análise da autoria, coautoria ou ainda sob a perspectiva da participação. Portanto, valiosas as lições de Ney de Barros Bello Filho ao mencionar que no ordenamento vigente, todo o integrante da empresa que concorre para a infração penal ambiental poderá responder em coautoria (*lato sensu*)²²⁹. No caso mencionado, sob a perspectiva da teoria do domínio do fato, tendemos a considerá-los somente partícipes do crime, ante a mera ocorrência da instigação.

Ainda, Roxin faz menção a outro julgado da mesma Corte, que condenou dirigentes de outra Sociedade de Responsabilidade Limitada como autores mediatos por estelionato, cometido diretamente por seus empregados.

O Tribunal Alemão sustentou a ocorrência dessa modalidade de autoria com base na circunstância de que os agentes tinham conhecimento dos fatos praticados por seus

²²⁶ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. **Law E-Journal**, no 04, 2009, p. 89.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. **Law E-Journal**, no 04, 2009, p. 89.

²²⁹ DINO NETO, Nicolao; BELLO FILHO, Ney; DINO Flávio. **Crimes e Infrações Administrativas Ambientais**. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 54-55.

funcionários. Esses, por sua vez, tinham se aproveitado das condições básicas da organização, que impulsionava o curso regular até o alcance dos objetivos almejados. Circunstâncias consideradas suficientes para atribuir-lhes responsabilidade penal.

Mais uma vez, a crítica de Roxin foi veemente ao sustentar a diferença fática entre o *caso dos disparos mortais* e aquele julgado pelo Tribunal Alemão. Houve mera repetição formal de locuções usadas naquele caso aplicadas aos fatos ocorridos na organização, tão somente para qualificar a responsabilidade mediata aos diretores da empresa de forma completamente inapropriada²³⁰.

Com razão tem Roxin, tendo em vista que os fundamentos utilizados são completamente inadequados aos critérios estabelecidos para caracterização do ente moral como aparato organizado de poder. Sequer há elementos para a sujeição dos envolvidos como autores mediatos. Aliás, a conduta omissiva dos diretores da empresa se mostra atrelada aos delitos de dever, não aos crimes de domínio.

No que se refere às organizações empresariais, estas não podem ser consideradas aparatos organizados de poder, pois, segundo o jurista alemão, nelas estão ausentes, no mínimo, três pressupostos para que se faça presente o domínio da organização: 1) as empresas, como regra, não trabalham desvinculadas do Direito; 2) nelas encontra-se ausente a possibilidade de substituição daquele que prepara as condutas criminosas; e 3) não se verifica entre seus agentes uma disposição essencialmente elevada ao fato, ante o grave risco de punibilidade e perda do lugar na empresa²³¹.

Conclui que ao se tratar de forma autônoma de autoria mediata, não deve ser compreendida no mesmo sentido que a coautoria ou instigação, tendo em vista que o agente não se apoia no controle direto sobre quem executa o tipo, mas sobre o aparato organizado de poder que assegura a realização do tipo penal²³².

Como solução, no entanto, para responsabilização dos membros da direção de uma empresa, o jurista alemão reapresenta a figura jurídica dos *delitos de dever*, caracterizando-os como garantidores, de modo que a empresa não se desvie da legalidade²³³. Ainda, valendo-se das propostas de *Tiedmann e Bottke*, acrescentou a possibilidade de soluções de *lege ferenda*.

²³⁰ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. **Law E-Journal**, no 04, 2009, p. 89-90.

²³¹ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. **Law E-Journal**, no 04, 2009, p. 90.

²³² *Ibidem*, p. 93.

²³³ *Ibidem*, p. 91.

Tiedmann sugere a criação de um dispositivo sobre a *responsabilidade por conduta alheia* no qual seriam especificamente responsabilizados os membros de governo, detentores de cargo oficial e soldados; bem como o proprietário ou dirigente de uma fábrica ou empresa e respectivos membros com poder de controle ou decisão sobre elas, por atos cometidos por seus subordinados²³⁴

Por seu turno, Bottke propõe a ampliação do disposto no § 357 do Código Penal Alemão, no mesmo sentido da proposta anterior, para acrescentar a possibilidade de punição nas mesmas penas do autor, o dirigente da empresa, que induz seus subordinados à prática de ilícitos puníveis relativos ao ente moral.

A título de criação de um *Corpus Juris*, com finalidade de proteção dos interesses financeiros da União Europeia, sugere a possibilidade de responsabilização por ato de terceiro. Para tanto, o responsável deve ter conhecimento do fato punível, bem como tenha dado a ordem para prática do ilícito, deixado ocorrer, ou ainda, tenha se omitido em promover as medidas de controle necessárias²³⁵.

Observamos que, em qualquer das propostas apresentadas, apresenta uma autoria distinta, que em verdade, não se refere aos conceitos estabelecidos à categoria de domínio do fato por aparatos organizados de poder. Sob nossa perspectiva, em alguns casos sugere uma responsabilidade penal objetiva, pela simples detenção do cargo, o que soa um tanto quanto questionável. De todo modo, para essa forma de autoria independente, entendemos que tais parâmetros devem ser suficientemente delineados.

Com efeito, para Roxin, considerando a necessidade do preenchimento dos pressupostos fixados: poder de mando, desvinculação do Direito pelo aparato de poder, fungibilidade e disposição essencialmente elevada do executor do fato; as organizações empresariais não podem assumir a característica de aparatos organizados de poder, em que pese posição em sentido contrário do Tribunal Alemão.

4.4.2 Fundamentos favoráveis à aplicação da teoria aos crimes de empresa

A teoria do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder não foi

²³⁴ *Ibidem*, p. 92

²³⁵ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. **Law E-Journal**, no 04, 2009, p. 92.

idealizada e dogmaticamente estabelecida para a aplicação às organizações empresariais, como deixa claro Roxin em suas diversas manifestações. Como vimos, ao fixar os seus pressupostos, o jurista alemão vislumbrava organizações criminosas e terroristas, ou ainda, estados ditatoriais em sua essência.

Entretanto, ainda que se posicione contrariamente, não devem ser descartados os argumentos favoráveis à aplicação da teoria dos aparatos organizados de poder às organizações empresariais. Como bem destaca Rodrigo de Grandis, denota-se que tais argumentos têm como similitude a percepção de que as organizações empresariais possuem substancialmente as mesmas características dos aparatos organizados de poder, nos moldes pensados por Claus Roxin²³⁶.

Sob esse aspecto destaca-se o posicionamento de Patrícia Faraldo Cabana, que sustenta a possibilidade de as organizações empresariais assumirem esse caráter e, conseqüentemente, levar o dirigente à condição de autor mediato em razão do domínio da organização.²³⁷

Para tanto, sua hipótese vem lastreada na teoria do injusto coletivo, conforme preconizado por Lampe²³⁸, em relação ao qual, o aparato é ao mesmo tempo parte e motor do “injusto do sistema”²³⁹.

Nesse sentido, a autora traz relevantes refutações à contundente objeção de Roxin quanto à possibilidade de as organizações empresariais serem caracterizadas como aparatos organizados de poder. Contudo, é ponto comum entre eles, a crítica à jurisprudência do BGH alemão quanto aos argumentos utilizados para aplicar o domínio da organização às sociedades empresariais, sobretudo no que se refere à solução de problemas pertinentes à prova²⁴⁰.

Com efeito, a jurista espanhola faz uma revisão da teoria de Roxin e, de plano, alerta que a faz não com base nos chamados delitos de dever, nos quais o gestor é punido, em regra,

²³⁶ GRANDIS, Rodrigo De. **A imputação nas organizações empresariais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2017.tde-21082017-113636. Acesso em: 01/06/2023, p. 176.

²³⁷ FARALDO CABANA, Patricia. Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa. Artículo publicado en SERRANO-PIEDCASAS, J. R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), **Cuestiones actuales de Derecho penal económico**, Colex, Madrid, 2008, p. 89 a 130. ISBN 978-84-8342-152-9, p. 324.

²³⁸ *Ibidem*, p. 318 e ss.

²³⁹ AMBOS, Kai. **Aparatos organizados de poder**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones em Derecho y Filosofía. 2020. ISBN: 789587904161, p. 73.

²⁴⁰ FARALDO CABANA, Patricia. Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa. Artículo publicado en SERRANO-PIEDCASAS, J. R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), **Cuestiones actuales de Derecho penal económico**, Colex, Madrid, 2008, p. 89 a 130. ISBN 978-84-8342-152-9, p. 8.

por omissão.

Funda-se na possibilidade de a empresa caracterizar-se como um aparato organizado de poder em razão da conduta do dirigente que determinou ao subordinado o cometimento de um delito. Equipara, inclusive, as situações em que o dirigente criou maliciosamente as condições necessárias ao surgimento de uma política criminal empresarial, cuja execução é voltada para a prática de crimes (fraude fiscal, crimes contra o meio ambiente ou lavagem de capitais), sem precisar parar para dar uma ordem específica. Nesse sentido, a informação seria apresentada de forma tal que o interesse da empresa estaria acima de qualquer objeção²⁴¹.

No que se refere à *fungibilidade dos executores*, Patrícia Faraldo Cabana argumenta que a ideia de um número ilimitado de executores para a prática do delito não se sustenta, tendo em vista que não há necessidade de um sem número de executores, sendo necessário apenas uma quantidade suficiente de sujeitos dispostos a praticar o ato, e substituíveis entre si, em caso de recusa da atuação por parte de algum membro da organização. Para tanto, a fungibilidade deve existir quando a ordem é emitida pelo homem de trás, oportunidade em que deverá existir sujeitos suficientes e dispostos a cumpri-la. O que não deve se confundir com a alta probabilidade para o cometimento do crime, situação que mais se aproximaria da *indução*. A autoria mediata por aparatos organizados de poder funda-se na certeza do cumprimento da ordem emitida pelo homem de trás, independentemente de quem irá lhe dar cumprimento²⁴².

Ao transportar o pressuposto da fungibilidade dos executores à realidade empresarial, refutando a objeção quanto à especialidade do executor para determinada tarefa a ser desempenhada na empresa ou mesmo relacionada ao número de executores, Patrícia Faraldo Cabana sustenta que a atenção deve estar voltada ao número de agentes à disposição daquele que estiver no topo da organização. Logo, nem mesmo um funcionário altamente especializado é insubstituível, de tal modo que, considerando o mercado em geral, este preconiza não contar com pessoas específicas, sob pena violação dos interesses econômicos do próprio ente²⁴³.

Em relação ao *poder de comando*, pressuposto que torna essencial a existência de uma estrutura hierárquica caracterizadora de um aparato organizado de poder, a maioria dos autores se opõe à sua adequação às organizações empresariais. Afirmam que não estão baseadas em

²⁴¹ FARALDO CABANA, Patricia. Posibilidades de aplicación de la autoria mediata con aparatos organizados de poder en la empresa. Artículo publicado en SERRANO-PIEDRECASAS, J. R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), **Cuestiones actuales de Derecho penal económico**, Colex, Madrid, 2008, p. 89 a 130. ISBN 978-84-8342-152-9, p. 10.

²⁴² *Ibidem*, p. 11-12.

²⁴³ *Ibidem*, p. 13.

uma estrutura hierárquica rígida, típica dos aparatos organizados de poder, ao contrário, defluem de estruturas descentralizadas.

Patrícia Faraldo Cabana, por outro lado, sustenta que essa descentralização e divisão de trabalho estão vinculados, sobretudo nas grandes empresas, em um sistema de dependência mútua entre os seus diferentes departamentos, inclusive de forma hierárquica, que, por conseqüência, impõe aos trabalhadores uma desigualdade jurídica no que toca ao dever de cumprimento pelo funcionário, das ordens emanadas pelo gestor, semelhante ao que ocorre nas organizações da Administração Pública civil ou militar.

Ainda, no que toca a relação hierárquica entre o trabalhador e o gestor, a afirmação de que a relação jurídica entre eles importaria na simples dispensa do empregado, caso não cumpra as ordens emitidas, não é suficiente para negar a existência do aparato. Pois é certo que a inexistência de um dever de obediência incondicional, não descaracteriza o aparato organizado de poder, dando como exemplo as organizações criminosas, onde não existe qualquer dever legal de obediência²⁴⁴.

Sob esse aspecto, é importante ressaltar que o principal objeto caracterizador dessa modalidade de autoria é o funcionamento da organização empresarial como instrumento para a prática da infração penal. De tal modo que é o aparato que se move por meio de sua estrutura hierárquica e, quando consciente da ilicitude das ordens emitidas, concordamos que está presente a autoria mediata daquele que as emite.

Para aqueles que defendem a possibilidade da aplicação do domínio da organização às empresas, se mostra extremamente dificultosa ultrapassar a barreira do pressuposto da *desvinculação do aparato ao Direito*, sobretudo pelo fato de que o próprio Roxin rechaça a hipótese, no sentido de que para a ocorrência dessa espécie de autoria mediata, o pressuposto elencado é essencial.

Contudo, o emprego da teoria do domínio da organização pelo BGH acabou por dar maior amplitude à discussão, bem como uma sobrevida àqueles que defendem a possibilidade de sua aplicação às organizações empresariais, ainda que não tenha sido aplicada de forma mais adequada. Nesse sentido, há doutrinadores que sustentam, inclusive, a eliminação desse pressuposto, considerando como relevantes o poder de comando dentro de uma estrutura

²⁴⁴ FARALDO CABANA, Patricia. Posibilidades de aplicación de la autoria mediata con aparatos organizados de poder en la empresa. Artículo publicado en SERRANO-PIEDRECASAS, J. R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, 2008, p. 89 a 130. ISBN 978-84-8342-152-9, p. 15-16.

vertical e a fungibilidade dos executores.

Nesse ponto, entendemos de forma oposta, ou seja, não há a necessidade de exclusão do requisito fixado por Roxin, tendo por base seus próprios argumentos, mas sob uma perspectiva diferente.

Em nossa modesta análise, todos os exemplos apresentados pelo jurista alemão nunca estiveram divorciados do Direito, talvez não o melhor, mas um existente à época das horrendas práticas. Ainda que tais condutas tenham ocorrido no âmbito de estados totalitários, todos estavam sob a égide de um ordenamento jurídico, no caso um Direito Positivado, mesmo que completamente divorciados dos Direitos Humanos atualmente reconhecidos.

Nesse sentido, se nos apoiarmos na visão de Hans Kelsen, pensamento que influenciou fortemente o Direito no ocidente, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934, onde afastou valores como natureza, moral, cultura, religião, dentre outros, para a formatação de um Direito puro, concluiu que esse era fundado no “dever ser”, ou seja, na norma jurídica que deveria apontar o caminho do “ser”. Sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto, buscou o Direito real, instituído, não o Direito correto²⁴⁵.

Repisamos, ainda que completamente divorciado do que hoje reputamos direitos fundamentais, tais condutas, de forma repulsiva, foram praticadas dentro de um ordenamento jurídico, lastreado em leis que “legitimavam” tais condutas abjetas.

Apenas a título de ilustração, as condutas perpetradas pela Alemanha Nazista estavam baseadas no Direito Positivo. Assim foram ditadas “A Lei de Desnaturalização”, de 14/07/1933, que revoga a cidadania de judeus naturalizados e “indesejáveis”; e a Medida Executiva de 17/08/1938, referente à Mudança de Nomes e Sobrenomes (de família) que obrigou os judeus a adotarem um nome adicional: “Sara” para as mulheres e “Israel” para os homens²⁴⁶.

Se mostram louváveis, portanto, os apontamentos de Kai Ambos ao afirmar que a desvinculação do Direito não se refere, necessariamente, àquele positivado quando da prática delituosa, mas a um direito suprapositivo (entendido como um direito internacional).²⁴⁷ Segundo Ambos, afastando-se do direito suprapositivo, como regularmente se manifesta nos casos de

²⁴⁵ ZIMMERMANN, Augusto. *Cosmovisões do Direito no Mundo Ocidental*. 1. Ed. Londrina. EDA. 2022, p. 132-133.

²⁴⁶ ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. In: *Museu do Holocausto dos Estados Unidos*. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/examples-of-antisemitic-legislation-19331939?parent=pt-br%2F11475>. Acesso em 27/10/2024.

²⁴⁷ AMBOS, Kai. *A parte geral do direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Ed. brasileira refor. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 272.

crimes de Estado, este critério carece de precisão, razão pela qual é duvidoso que possa ter impacto na execução concreta do ato, podendo, inclusive ser dispensável²⁴⁸.

Ao contrário de Kai Ambos, porém, não vemos como dispensável tal requisito, ao contrário, sob a nossa perspectiva, o próprio Roxin menciona uma ideia Direito Internacional, como bem lembra Figueiredo²⁴⁹. O que nos faz retornar a Kelsen quando propõe a ideia de um imperativo categórico por ele denominado de norma fundamental, em que a escolha por essa norma deve se relacionar com questões atinentes à relação entre o direito pátrio e o direito internacional, com primazia ao último²⁵⁰.

Na mesma linha, Patricia Faraldo Cabana não tem a pretensão de eliminar o pressuposto estabelecido por Roxin, mas fazer uma distinção entre as organizações. Uma que pode se enquadrar no conceito de organização criminosa, voltada para o cometimento de qualquer crime em benefício próprio ou de seus líderes, ou após regularmente constituída, promove o cometimento de delitos. E, aquelas organizações estabelecidas sob a égide do ordenamento jurídico, onde ocasionalmente são praticados crimes por seus dirigentes ou demais membros, não necessariamente em benefício da organização, mas às vezes em seu prejuízo²⁵¹.

Com efeito, para a referida autora, estar ou não vinculado ao ordenamento jurídico não é o fator principal para a caracterização do ente como aparato organizado de poder, mas a conduta do aparelho em relação ao ordenamento jurídico. Como exemplo, ela menciona a atuação de órgãos das Forças Armadas quando empreendem uma guerra suja contra o terrorismo, a guerrilha ou a dissidência política, situação na qual o ente se move em um entorno

²⁴⁸ AMBOS, Kai. Dominio por organización. Estado de la discusión. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 68/2007, p. 69-111. Set-Out/2007. DTR/2007/823. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a8997f400000192ce11877559a19141&docguid=I2472b250f25611dfab6f010000000000&hitguid=I2472b250f25611dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=45&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 18/08/2024.

²⁴⁹ FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa, e ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de. Transplante Legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Legal transplants: the domain of organization in Claus Roxin and in the Supreme Court. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 197/2023, p. 155-184. Jul-Ago/2023. DTR/2023/6794, p. 5. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89bbf7000001928c1e9ee3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

²⁵⁰ ZIMMERMANN, Augusto. **Cosmovisões do Direito no Mundo Ocidental**. 1. Ed. Londrina. EDA. 2022, p. 132-134.

²⁵¹ FARALDO CABANA, Patricia. Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa. Artículo publicado en SERRANO-PIEDRECASAS, J. R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), **Cuestiones actuales de Derecho penal económico**, Colex, Madrid, 2008, p. 89 a 130. ISBN 978-84-8342-152-9, p. 19.

legal²⁵².

Transportando essa análise para a realidade empresarial, constituída para ocultar sua atividade principal, a prática de crimes, ou seja, não ocasional, estar-se-á caracterizado um aparato organizado de poder. Por outro lado, num segundo grupo, estariam as empresas que se dedicam a atividades lícitas como principal ocupação, que, por vezes acabam cometendo delitos no interesse da entidade (ex. fraude fiscal, falsidade societária, ou crime contra o meio ambiente). Trata-se de grupo em que tais empresas não podem ser consideradas aparatos organizados de poder, tendo em vista que não estão absolutamente dissociadas do Direito. Nesse rol, Patrícia Faraldo Cabana inclui aquelas empresas que se utilizam do proveito econômico auferido para financiar grupos terroristas²⁵³.

Cumprе destacar que no Brasil há também quem defenda, doutrinariamente, a possibilidade de as organizações empresariais figurarem como aparatos organizados de poder. Nesse sentido, Rodrigo de Grandis sustenta que as organizações empresariais mais avançadas e sofisticadas possuem características semelhantes aos aparatos organizados de poder que operam fora do ordenamento jurídico-penal. A presença de um grande número de membros, uma estrutura hierárquica rígida com divisão de funções e a disponibilidade de subordinados substituíveis devido à abundância de mão de obra, são elementos comuns em estruturas empresariais complexas²⁵⁴.

No que tange à contrariedade ao Direito, sustenta ser contraditório admitir a existência de aparatos organizados de poder no âmbito da criminalidade estatal e rejeitá-lo em relação às organizações empresariais que ostentam poder de comando dentro de uma estrutura hierárquica, dotada de agentes predispostos ao cometimento do fato delituoso. Ainda sobre a dissociação ao direito, sob a perspectiva brasileira, Rodrigo de Grandis traz outro elemento, caro ao ordenamento jurídico nacional: a *função social da empresa*.

Assim como as organizações estatais que nascem de forma essencialmente jurídica, tal qual ocorreu na ascensão ao poder de Hitler, ou da chegada à presidência de Alberto Fujimori no Peru, ambos converteram suas respectivas estruturas, transformando-as em aparatos

²⁵² *Ibidem*, p. 21.

²⁵³ FARALDO CABANA, Patricia. Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa. Artículo publicado en SERRANO-PIEDRECASAS, J. R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), **Cuestiones actuales de Derecho penal económico**, Colex, Madrid, 2008, p. 89 a 130. ISBN 978-84-8342-152-9, p. 21.

²⁵⁴ GRANDIS, Rodrigo De. **A imputação nas organizações empresariais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2017.tde-21082017-113636. Acesso em: 01/06/2023, p. 179.

organizados de poder reconhecidos pela doutrina de Roxin e jurisprudência.

Deste modo, também ocorrem nas organizações empresariais que, por essência são entes jurídicos e, ao se voltarem à prática de crimes, desvirtuam o seu objeto social e subverte a função social da empresa, de modo a dissociarem-se do Direito, nos moldes como fixados por Claus Roxin²⁵⁵.

Portanto, é difícil descartar por completo a aplicação da teoria da autoria mediata através do domínio da vontade por meio de aparatos organizados de poder, conforme originalmente concebida por Roxin, em relação aos delitos comissivos praticados pelos dirigentes de sociedades empresariais. Dessa forma, estariam atendidos os pressupostos estabelecidos por Claus Roxin para a aplicação da teoria do domínio da organização.

4.4.3 Autoria mediata por aparatos organizados de poder e a jurisprudência brasileira

Conforme anteriormente destacado, a aplicação da autoria de escritório vem tomando corpo na jurisprudência nacional, sobretudo no que se refere aos crimes de empresa, ainda que com certas distorções em relação à estrutura apresentada por Claus Roxin.

É possível observar a menção à teoria roxiniana em alguns Tribunais Regionais Federais e até mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, utilizada como ferramenta para a imposição de pena de jurisdicionados sob a etiqueta da autoria mediata, valendo-se o autor de um aparato organizado de poder.

Nessa senda, merece destaque o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, segundo leciona Bruna Martins Amorim Dutra, vem se valendo da mesma fundamentação jurídica em diversas oportunidades, de modo que a aplicação se mostrou pacificada tanto em sua 8ª, quanto 7ª Turmas²⁵⁶. Ainda, a autora destaca que o modelo de autoria mediata sustentado pelo Tribunal,

²⁵⁵ GRANDIS, Rodrigo De. **A imputação nas organizações empresariais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2017.tde-21082017-113636. Acesso em: 01/06/2023, p. 179.

²⁵⁶ A criminalidade contemporânea, sobretudo nos delitos ditos empresariais, é caracterizada, quase sempre, por um verdadeiro e intrincado sistema de divisão do trabalho delituoso no qual são repartidas, entre os agentes executores da ação criminosa, uma multiplicidade de tarefas, cada qual fundamental à consecução do fim comum. As categorias tradicionais de co-autor e partícipe, assim, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, não se mostram mais suficientes para a atribuição da responsabilidade penal individual. Foi assim que, a partir de uma formulação idealizada por Claus Roxin em sua monografia *Täterschaft und Tatherrschaft* ("Autoria e Domínio do Fato") para estabelecer a responsabilidade oriunda dos crimes cometidos pelo Estado nacional-socialista alemão, construiu-se o conceito de autor mediato,

também é aplicada aos casos em que o administrador, ciente da conduta criminosa e possuindo capacidade de impedi-la, mantém-se inerte²⁵⁷.

Sobre esse aspecto, resta nítido o desvirtuamento da teoria de Roxin por parte do Tribunal, isso porque a omissão não se mostra adequada à espécie, que deve estar lastreada em um “fazer”. A autoria mediata por aparatos organizados de poder impõe a ocorrência de uma ação por parte do agente, consistente na emissão de uma ordem ao executor imediato para prática do ilícito. Do contrário, estaríamos lidando com os chamados “delitos de infração de dever”, categoria diversa do que se compreende como autoria mediata, nos termos da teoria apresentada pelo jurista alemão.

Por sua vez, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, também é possível encontrarmos precedente favorável à aplicação da teoria de Roxin, na Apelação Criminal nº 0010400-91.2007.4.03.6181. No caso, o gestor da empresa teria ordenado que outros funcionários, a ele subordinados, prestassem declarações falsas à Receita Federal, de modo a deixar de recolher tributos federais. Na referida ação penal, o Desembargador Federal Helio Nogueira, relator do recurso, aderiu integralmente aos fundamentos apresentados na sentença, ao concluir que o réu era, de fato, o administrador das empresas, assim possuía o domínio do fato, vez que cobrava diretores e exercia certas atribuições em nome dos verdadeiros titulares

ou seja, aquele que, atuando na cúpula da associação criminosa, dirige a intenção do agente responsável pela prática direta do ato delituoso. O autor mediato não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o domínio da organização, que, segundo o vaticínio de Jorge de Figueiredo Dias, "constituye una forma de dominio-de-la-voluntad que, indiferente a la actitud subjetivo-psicológica del específico ejecutor, no se confunde con el dominio-del error o con el dominio-de-la-coacción, integrando un fundamento autónomo de la autoría mediata". Autoría y Participación en el Dominio de la Criminalidad Organizada: el "Dominio de la Organización". In OLIVÉ, Juan Carlos Ferré e BORRALLÓ, Enrique Anarte. **Delincuencia organizada** - Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

"En la discusión que ha sucedido a la construcción científica de la autoría mediata", pondera Carlos Gómez-Jara Diez, "[...] puede observarse cómo la piedra angular radica en el criterio que fundamenta el dominio de la organización", consignando o referido doutrinador, a respeito, que "la responsabilidad del superior jerárquico viene dada por su «dominio de la configuración relevante superior»". Salienta, sobretudo, que "esta posibilidad entra en consideración cuando el superior jerárquico sabe más sobre la peligrosidad para los bienes jurídicos que su propio subordinado" (¿Responsabilidade penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. In **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre: ESMP, 2005. n. 11, p. 13) IN: DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização**. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9545>, p. 176-177. Acesso em: 20/09/2024.

²⁵⁷ TRF4, ACR 2004.71.09.000848-9, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 25/06/2010; TRF4, ACR 2005.71.07.002580-2, 8ª Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 13/01/2010; e TRF4, ACR 2002.71.08.009788-2, 8ª Turma, Relator Cláudia Cristina Cristofani, D.E. 05/08/2009. DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização**. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9545>, p. 177. Acesso em: 20/09/2024.

do grupo societário²⁵⁸.

No entanto, sem dúvidas, foi na Ação Penal 470, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, conhecida como o “Caso Mensalão”, que a teoria roxiniana ganhou maior relevância perante a jurisprudência nacional.

A ação foi promovida contra 40 pessoas acusadas de envolvimento em um “esquema de compra de votos de parlamentares”, pertinente aos crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta e evasão de divisas. Vinte e cinco dos réus foram condenados por maioria de votos.

Na oportunidade, a teoria do domínio do fato foi sustentada pelo Ministério Público tanto nas modalidades do domínio funcional, quanto no domínio da organização. A maioria dos Ministros do Pretório Excelso manifestou-se favoravelmente à aplicação de ambas as teorias aos delitos empresariais.

O acórdão foi relatado pelo Ministro aposentado Joaquim Barbosa e, ainda que nela também contasse com um “núcleo financeiro” (Banco Rural), o magistrado dirigiu a *teoria do domínio da organização* ao núcleo político da demanda. Em relação a ele afirmou a ocorrência do crime de corrupção ativa, no qual o Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República foi colocado no centro da empreitada criminosa.

Da leitura do *decisum* percebe-se que tal qual lançado pelo Supremo Tribunal Federal se encontram presentes diversos equívocos dogmáticos em relação à teoria de Claus Roxin, sobretudo no que se refere à distinção entre o “domínio do fato”, “domínio final do fato” e o “domínio da organização”.

Assim, evidente que a decisão em questão foi sucedida por uma série de críticas,

²⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO GENÉRICO. DOSIMETRIA DA PENA. VALOR DO TRIBUTO SONEGADO. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. REGIME ABERTO. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESTINAÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Apelação interposta pela Defesa contra sentença que condenou o réu como incurso no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, c.c. art. 12, inciso I, da mesma lei, tudo c.c. art. 71 do CP.

2. Materialidade delitiva e autoria comprovadas. Dolo genérico.

3. Dosimetria da pena. Na primeira fase, pena-base fixada no mínimo legal, em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase, não incidem circunstâncias agravantes nem atenuantes. Na terceira fase, incide a causa de aumento de pena com base no artigo 12, inciso I, da Lei nº 8.137/1990.

4. Incide, ainda, a causa genérica de aumento de pena da continuidade delitiva.

5. Apelação da defesa parcialmente provida. TRF 3ª Região, 11ª Turma, ApCrim - APELAÇÃO CRIMINAL - 0010400-91.2007.4.03.6181, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 11/10/2024, Intimação via sistema DATA: 14/10/2024.

partindo, inclusive, do próprio Supremo Tribunal Federal na figura do Ministro Ricardo Lewandowski quanto a eventual banalização da teoria²⁵⁹.

Sobre a aplicação da teoria do domínio do fato, vale mencionar a afirmação do Ministro Celso de Melo: “Há que se destacar, ainda, por necessário, que a adoção, pela legislação brasileira, da teoria unitária em matéria de concurso de pessoas não afasta a possibilidade de reconhecimento, em nosso sistema jurídico-penal, da teoria do domínio do fato”²⁶⁰.

De plano, com todo respeito ao eminente julgador, e aos outros Ministros cujas falas serão aqui analisadas com o objetivo puramente científico, a alegação quanto à adoção de uma teoria unitária pertinente ao concurso de pessoas, coloca em xeque a necessidade da adoção da teoria do domínio do fato para a resolução do caso. Isto porque, como vimos, Roxin buscava, precipuamente, a criação de um modelo diferenciador entre autoria e participação.

Dentre seus críticos, destaca-se a posição de Figueiredo e Araújo, ao afirmar que “os votos aglutinam elementos doutrinários divergentes ao abordar a temática, justificando uma mesma conduta com base no domínio final do fato (de Hans Welzel) e no domínio da organização (de Claus Roxin)”²⁶¹.

Nota-se que o uso de expressões como “domínio final do fato” e “domínio da organização” apontam não apenas para teorias diferentes, mas também para classificações distintas em relação à autoria, imediata ou mediata.

Nessa senda, Alaor Leite também chama a atenção para a confusão entre domínio do fato e domínio da organização. Nas palavras do autor: “As ideias, embora ligadas pela relação gênero espécie, são independentes, e reduzir uma a outra significa desconhecer completamente, o que se está a afirmar”²⁶².

Denota-se a confusão nas falas do Ministro Lewandowski (fl. 56.816 e ss.), que concluiu

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **APn 470/MG**, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22.04.2013. fl. 56565. Acesso em: 10/04/2024.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa, e ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de. Transplante Legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 197/ 2023, p. 155-184. Jul-Ago/2023 DTR\2023\6794, p. 8. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89bbf7000001928c1e9ee3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

²⁶² LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fato de terceiros**. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro / Luís Greco ... [et alii]. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 141.

pela absolvição do acusado José Dirceu pelo delito de corrupção ativa (fl. 56.565 e ss) e inaplicabilidade da teoria do domínio do fato ao caso (fl. 56.568 e s.), quando, na verdade, deveria referir-se à teoria do domínio da organização em seu voto na AP 470/MG.

Confusão essa que persistiu nas falas do Ministros Ayres Brito (fl. 56.181 e ss.; fl. 56.585 e ss.), ao associar o requisito *fungibilidade* ao gênero *domínio do fato*.

Ainda, na fala do Ministro Joaquim Barbosa, há uma clara dissociação da teoria elaborada por Claus Roxin e o entendimento do magistrado quanto ao conceito de autoria e participação. No caso, aquele estabelece como autor o mandante, o autor intelectual, o controlador, o organizador, não partícipe. Afirmiação que contraria os conceitos firmados pelo jurista alemão. Entretanto, tendo como pressuposto a narrativa apresentada pelo ministro relator de como se deram os fatos, destacá-los como simples indução, não parece a forma mais adequada de classificação das condutas perpetradas pelo então Ministro Chefe da Casa Civil.

Caberia à Suprema Corte a demonstração dos pressupostos estabelecidos por Roxin, especialmente responder qual aparato organizado de poder era empregado como instrumento para a prática dos delitos apurados. Não há clareza se o aparato era o partido, o ministério ou qualquer outro ente desvinculado do Direito, capaz de gerar a necessária estrutura para o exercício do poder de comando e a fungibilidade dos executores diretos. Nesse sentido, irretocável a conclusão de Greco e Leite:

O modelo de imputação que se baseia apenas na posição de comando, que seria melhor designado como “domínio da posição”, é ilegal e indefensável em um direito penal da culpabilidade, que desconhece uma atribuição automática de fatos de outros membros do grupo. A decisão representa, por fim, do ponto de vista do direito comparado, um interessante caso em que uma teoria estrangeira, supostamente recepcionada (o chamado *legal transplant*) não foi mais do que uma propaganda enganosa (um *legal counterfeit*)²⁶³.

Considerando as manifestações apresentadas, dentre outras colhidas da doutrina no curso do presente trabalho, podemos chegar, pelo menos, à duas conclusões parciais: a primeira é que o Supremo Tribunal Federal chancelou a possibilidade da aplicação da teoria do domínio do fato ao direito brasileiro, como também a incidência do domínio da organização como manifestação de autoria mediata.

A segunda, por sua vez, refere-se ao fato de que, os fundamentos apresentados na AP 470/MG não podem servir de parâmetro dogmático para efetiva aplicação do instituto,

²⁶³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf. Acesso em: 15/06/2025.

considerando a nítida discrepância entre os termos utilizados e os pressupostos elencados por Claus Roxin.

Ao contrário do pretendido pelo jurista alemão, denota-se da leitura do referido julgado que os ministros entenderam que o termo domínio do fato surge como mecanismo de responsabilidade penal decorrente da posição hierárquica do sujeito.

Com efeito, é inevitável que a decisão em questão tenha surtido efeito perante a jurisprudência dos demais tribunais, contudo é necessário verificar os seus reflexos e aplicação por parte dos operadores do Direito, considerando a chancela entregue pela mais alta corte do país. Como bem alerta Alaor Leite, “toda decisão do STF, por si só, deve ser objeto de máxima atenção da ciência”²⁶⁴.

A preocupação, no entanto, é a forma como a teoria que vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário em geral, considera os critérios dogmáticos apresentados Claus Roxin, bem como atendendo às críticas e possibilidades apresentadas no curso do presente trabalho.

²⁶⁴ LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fato de terceiros.** Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro / Luís Greco ... [et alii]. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 125.

5 CONCLUSÃO

A presente dissertação propôs-se analisar a possibilidade de as organizações empresariais serem consideradas aparatos organizados de poder tendo como espinha dorsal a teoria do domínio do fato elaborada por Claus Roxin, sem prejuízo de eventuais adequações.

O desenvolvimento deste trabalho permitiu verificar que a evolução das estruturas empresariais contemporâneas, marcadas pela complexidade organizacional, pela intensa divisão funcional de tarefas e pela fragmentação dos processos decisórios, criou novas e desafiadoras configurações para o Direito Penal. Este cenário justifica a necessidade de modelos dogmáticos que superem as limitações das concepções tradicionais de autoria e participação, oferecendo critérios mais adequados para a imputação penal em contextos de criminalidade complexa e estrutural.

Em princípio, foi necessário distinguir as infrações ou delitos de dever dos chamados delitos de domínio, tendo por método a análise de posições doutrinárias pertinentes à matéria. Isto porque não é incomum a utilização dos delitos de dever como meio para imputação de agentes que ocupam determinados postos dentro de uma organização, que se estrutura de forma hierárquica.

No que se refere aos delitos de dever, a autoria decorre da relação jurídica do agente com o bem jurídico protegido, independentemente de ele ter domínio sobre a realização do crime. Essa distinção é essencial para a correta atribuição de responsabilidade penal, especialmente nos casos em que a atuação do agente se dá por omissão ou por sua posição hierárquica em uma estrutura de poder. A autoria é determinada pela posição jurídica do agente, e não pelo controle sobre a execução do crime, distinguindo-se, portanto, da teoria do domínio da organização concebida por Claus Roxin.

Tendo por foco as pessoas naturais que atuam perante as organizações empresariais, e que delas se valem para o cometimento de crimes, a autoria mediata por aparatos organizados de poder se mostra como uma ferramenta eficaz para imputar responsabilidade penal a todos que contribuem para a prática delitiva.

Para tanto, antes, foi necessária a demonstração dos modelos tradicionais de imputação pertinentes às teorias objetiva e subjetiva, assim como a distinção de cada um dos personagens que promovem o tipo penal (autor, coautor e partícipe), para, finalmente, aprofundar a pesquisa na *teoria do domínio do fato* inaugurada por Hans Welzel, cujos conceitos foram revisitados e,

posteriormente, redimensionada por Claus Roxin. Este, além de traçar parâmetros dogmáticos para definir os conceitos de autor, coautor e partícipe, acabou por construir uma nova modalidade de autoria mediata, em que o executor também é punível.

Conforme exposto, a autoria mediata por aparatos organizados de poder em nada se assemelha à responsabilidade penal da pessoa jurídica, tendo em vista que, nesse caso, ela reveste da figura de autora do delito. Enquanto sob a égide da teoria roxiniana assume o caráter de instrumento para a prática de infrações penais.

A autoria mediata por aparatos organizados de poder foi estabelecida, inicialmente sobre três pilares: (i) o poder de comando; (ii) a fungibilidade de seus executores finais; e (iii) a desvinculação do aparato em relação ao Direito.

Em que pesem as críticas apresentadas por seu criador, no que se refere à caracterização das organizações empresariais como aparatos organizados de poder, tribunais estrangeiros e até mesmo nacionais, já demonstraram a possibilidade da aplicação da teoria de Claus Roxin às organizações empresariais. Porém, nem sempre se esmerando quando aos aspectos dogmáticos estabelecidos pelo jurista alemão, por exemplo, no caso da Ação Penal 470/MG.

Especificamente, no que se refere à autoria imediata por aparatos organizados de poder, ainda que o jurista alemão se oponha à aplicação de sua tese, sobretudo sob o argumento de que estariam ausentes, no mínimo, três dos seus pressupostos, verifica-se que a doutrina vem apresentando interpretações distintas que contrariam a tese inicialmente firmada.

Com base nos argumentos apresentados pela doutrina utilizada no presente trabalho, chegou-se à conclusão da possibilidade da aplicação da autoria mediata por aparatos organizados de poder às organizações empresariais.

No que se refere ao *poder de comando*, não há dúvidas de que as organizações empresariais, com mais razão as de grande porte, possuem estrutura estabelecida de forma hierárquica, que vai desde o gestor dos atos da empresa até a “ponta da linha”, que exerce os atos de execução para o funcionamento da instituição.

Essa estrutura hierárquica, por si só, permite que as ordens emanadas pelo autor mediato alcancem o executor para que as promova. Contudo, para ser viável a responsabilização penal do autor mediato por meio de aparatos organizados de poder, é necessário que: a) o “homem de trás” compreenda as estruturas da organização (o aparato); b) tire proveito das condições fundamentais proporcionadas pelo ente; c) detenha poder de comando suficiente para acionar processos estruturados, valendo-se da submissão incondicional do executor, que, embora não

esteja sob seu controle direto, é influenciado pela organização.

Mesmo naquelas organizações empresariais subdividas em diversos departamentos, é possível notar uma vinculação existente entre elas, todas subordinadas, de algum modo, ao ápice da estrutura empresarial, que pode ser um conselho diretivo ou mesmo um presidente responsável pela direção da empresa.

No que se refere ao executor, ainda que plenamente responsável pela conduta perpetrada, não se mostra impossível o seu reconhecimento como um dos elementos capazes de propiciar a modalidade de autoria mediata em estudo.

A fungibilidade estabelecida por Claus Roxin também pode ser plenamente reconhecida dentro de estruturas empresariais, desde que atue de forma automática e seja facilmente substituível (fungível). Nesse ponto, acolhemos as lições de Patrícia Faraldo Cabana, no decorrer do trabalho mencionadas, no sentido de que é desnecessário um número ilimitado de executores. Uma quantidade de sujeito dispostos a praticar o ato e, em caso de recusa, substituíveis entre si, é suficiente para o preenchimento do pressuposto.

Ademais, ainda se valendo das lições da autora, a fungibilidade refere-se à existência de sujeitos dispostos ao cumprimento da ordem quando ela é emitida, com a certeza de que será devidamente executada, oportunidade em que estará caracterizado o domínio da organização por parte do autor mediato que emitiu a ordem, independentemente de quem lhe dará cumprimento.

Nos aparatos de poder, sequer é necessário que os envolvidos se conheçam ou tomem decisões em conjunto para a prática do ato, do contrário, estaria caracterizada coautoria.

Em relação ao pressuposto da disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, foi visto que não era tratado originalmente na obra de Roxin, sendo acrescentado posteriormente em palestra ministrada no ano de 2006. No entanto, deixou de existir de modo autônomo em 2015, quando o autor retornou ao entendimento inicial com apenas os três pressupostos.

Não significa dizer, todavia, que tal requisito tenha deixado de existir, pois se refere a elemento intrínseco à fungibilidade, de maneira que os executores estejam vinculados por fatores capazes de influenciar a vontade de cada um, de modo a voltá-los à prática criminosa.

Em se tratando de organizações empresariais, com estrutura hierárquica bem definida, não há dúvidas de que a ambição, ostentação, deslumbramento ideológico ou impulsos sádicos e criminosos, podem levar os executores à prática de infrações penais com a finalidade de galgar

patamares maiores na empresa. Motivos que tornam o agente mais disposto ao fato.

Influenciado por estes, o executor é impulsionado ao integral cumprimento da ordem emitida pelo “homem de trás”, cujo domínio é reforçado. O executor atua com o fim de alcançar o resultado em prol da organização da qual faz parte, tendo em conta as circunstâncias presentes e futuras favoráveis, que o faz aderir conscientemente à organização.

Por fim, quanto à desvinculação do Direito por parte do aparato de poder, requisito tido por intransponível, no que se refere às organizações empresariais, constatou-se que o próprio Claus Roxin sugere que essa não se dá de modo integral. Como visto, os próprios exemplos apresentados pelo autor, apontam para estruturas que, de alguma forma, se faziam vinculadas ao Direito positivado nos referidos Estados. Logo, ainda que tais atos fossem contrários aos direitos humanos, estavam vinculados a determinado ordenamento jurídico. Situação que pode ser perfeitamente trasladada para a realidade empresarial.

Ainda que as organizações estejam formalmente subordinadas ao ordenamento jurídico, não se mostra impossível que o detentor do poder de comando faça uso de sua estrutura para prática criminosa, valendo-se dos demais pressupostos estabelecidos por Claus Roxin, para a prática de infrações penais.

De fato, não há qualquer novidade quanto a isso, porém, ao contrário do que possa acontecer sob uma perspectiva tradicional da aplicação da lei penal, sob a égide da teoria do domínio da organização, a imputação poderá alcançar patamares mais adequados às condutas de gestores e executores, ultrapassadas as raias da mera participação por indução.

Como bem mencionou Roxin ao referir-se à atuação do Tribunal de Jerusalém, quando do julgamento do caso Eichmann, sobretudo em relação ao fato de que quanto mais afastado do ato executório, mais responsabilidade deve ser imposta ao mandante, a teoria do domínio da organização, portanto, se mostra adequada à realidade empresarial.

Observa-se que, no Direito Penal, a teoria de Claus Roxin moderniza o conceito de autor ao ter em conta a complexidade da prática criminosa e o desenvolvimento de organizações que utilizam suas próprias estruturas, cada vez mais amplas, dinâmicas e hierarquizadas, para atingir objetivos criminosos.

Assim, preenchidos os pressupostos apresentados, infere-se ser possível a imputação de dirigentes ou demais agentes dentro de uma estrutura empresarial que, apesar de não se mostrarem executores diretos, detêm o domínio do fato em relação à prática delituosa de seus subordinados.

Por fim, cumpre salientar que não se está a defender eventual responsabilidade objetiva do gestor do ente moral, pois é certo que cabe ao órgão acusador a demonstração do preenchimento dos pressupostos estabelecidos na teoria do domínio da organização. Apenas se buscou com a presente pesquisa dar ao operador do Direito margem interpretativa, dentro dos limites da teoria, sem prejuízo de eventuais críticas pertinentes à ciência do Direito.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Tradução de José Antonio Seoane. **Anuario da Faculta de de Direito da Universidade da Coruña**, 5, 2001. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/61893894.pdf>. Acesso em 21/02/2025.

ALFLEN, Pablo R. **Teoria do domínio do fato**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502210097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502210097/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

AMBOS, Kai. **Aparatos organizados de poder**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones em Derecho y Filosofia. 2020. ISBN: 789587904161.

AMBOS, Kai. Dominio por organización. Estado de la discusión. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 68/2007. p. 69-111. Set - Out/2007 - DTR\2007\823. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a8997f400000192ce11877559a19141&docguid=I2472b250f25611dfab6f010000000000&hitguid=I2472b250f25611dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=45&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 18/08/2024.

AMBOS, Kai. La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori: transfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori, In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Eds.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima-Peru: Ara Editores, 2010.

ANDREUCCI, Ricardo. **Manual de direito penal**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9788553620142. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620142/>. Acesso em: 26/10/2024.

ASSIS, Mariana Glória de; FRAGA, Patrícia F.; MASSARUTTI, Eduardo A. de S.; e outros. **Direito penal I**. Porto Alegre: SAGAH, 2018. E-book. ISBN 9788595025646. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595025646/>. Acesso em: 26/10/2024.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 6. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Responsabilidade criminal da pessoa jurídica por crimes contra o meio ambiente: um balanço após 27 anos de Constituição. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 80/2015. p. 233-256. Nov - Dez/2015 - DTR\2015\16801. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a898942000001926d3a6da1a7ccda7c&docguid=I3a9b33c0af8111e5a7dd010000000000&hitguid=I3a9b33c0af8111e5a7dd010000000000&spos=2&epos=2&td=11&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 08/10/2024.

BÍBLIA. Bíblia Sagrada. **Conferência Nacional dos Bispos do Brasil**. 3. ed. Brasília: Edições CNBB, 2019.

BITENCOURT, Cezar R. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. 4th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.361. ISBN 9786555598896. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598896/>. Acesso em: 08/10/2024.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120). v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627109. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 06/03/2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 31/10/2024.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 31/10/2024.

BRASIL. **Lei nº 9.605** de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 93.867/GO**, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 8/4/2008, DJe de 12/05/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS n. 39.173/BA**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe de 13/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **APn 470/MG**, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22/04/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 92921**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19-08-2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-03 PP-00439 RJSP v. 56, n. 372, 2008, p. 167-185.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 548181**, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06-08-2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00464.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 11ª Turma, ApCrim - **APELAÇÃO CRIMINAL - 0010400-91.2007.4.03.6181**, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 11/10/2024, Intimação via sistema DATA: 14/10/2024

BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 5, n. 9, p. 167-182, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/24>. Acesso em: 07/10/2024.

CALLEGARI, André Luís. Autoria e participação nos delitos especiais - a comunicabilidade das circunstâncias elementares do artigo 30 do Código Penal. **Revista dos Tribunais**. vol. 785/2001. p. 462-470. Mar/2001. DTR\2001\134. Disponível em:

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89a1c000000196e0efa83bff57e130&docguid=Id6cd04b0f25011dfab6f010000000000&hitguid=Id6cd04b0f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=23&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20/03/2025.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; Sá, Ana Luíza de (Org.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira**. São Paulo. LiberArs, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120**. v.1. 28ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9788553622696. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553622696/>. Acesso em: 07/10/2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** – 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2001.

DINO NETO, Nicolao; BELLO FILHO, Ney; DINO Flávio. **Crimes e Infrações Administrativas Ambientais**. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal – Parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. **A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder: teoria do domínio da organização**. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9545>. Acesso em: 20/09/2024.

ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. In: **Museu do Holocausto dos Estados Unidos**. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/examples-of-antisemitic-legislation-19331939?parent=pt-br%2F11475>. Acesso em 27/10/2024.

ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal - Vol. 1**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786555596540. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596540/>. Acesso em: 07/09/2024.

FARALDO CABANA, Patricia. Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa. Artículo publicado en SERRANO-PIEDECASAS, J. R./ DEMETRIO CRESPO, E. (Dirs.), **Cuestiones actuales de Derecho penal económico**, Colex, Madrid, 2008, págs. 89 a 130. ISBN 978-84-8342-152-9.

FARALDO CABANA, Patricia. **Responsabilidad penal del dirigente em estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. (Monografías, n. 302).

FERNANDEZ IBÁÑEZ, Eva. **La autoría mediata en aparatos organizados de poder**. Granada: Editorial Comares, 2006.

FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa, e ARAÚJO, José Mário Ramos Correia de. Transplante legal: o domínio da organização em Claus Roxin e na jurisprudência do supremo tribunal federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 197. 2023. p. 155-184. Jul - Ago / 2023 DTR\2023\6794. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89b bf7000001928c1e9ee3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

GIACOMELLI, Cinthia L. F.; TEIXEIRA, Juliana K M.; GUIMARÃES, Marina S.; e outros. **Direito Penal II**. Porto Alegre: Grupo A, 2018. E-book. ISBN 9788595026230. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595026230/>. Acesso em: 07/09/2024.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei n. 9.605/1998. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial**. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_85.pdf. Acesso em: 02/01/2024.

GRANDIS, Rodrigo de. **A imputação nas organizações empresariais**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2017.tde-21082017-113636. Acesso em: 01/06/2023.

GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro / Luís Greco ... [et alii]. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro**: Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf. Acesso em: 15/06/2025.

GRECO, Luís. **Direito Penal Estruturado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647651. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647651/>. Acesso em: 07/09/2024.

GRECO, Luís. Opõe-se ao princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. IN: **As razões do Direito Penal**. Quatro estudos. Luís Greco; tradução e organização: Eduardo Viana; Lucas Montenegro; Orlandino Gleizer. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Artigos 1º a 120 do Código Penal. v.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559775798. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775798/>. Acesso em: 07/09/2024.

GRIVOT, Débora C H.; ABEL, Henrique; ARAUJO, Marjorie A. **História do direito**. Porto Alegre: Grupo A, 2017. E-book. ISBN 9788595021716. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595021716/>. Acesso em: 22/09/2024.

HERZBERG, Rolf D. La Sentencia-Fujimori: sobre la intervención del superior em los crímenes de su aparato de poder. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Eds.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima-Peru: Ara Editores, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: volume I, tomo II: arts. 11 ao 27/por/ Nelson Hungria /e/ Heleno Fragoso. 5. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

JAKOBS, Günter. Derecho Penal. **Parte General**. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Gonzalez de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günter. Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori. In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Eds.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima-Peru: Ara Editores, 2010.

JESUS, Damásio E. de. A teoria do domínio do fato no concurso de pessoas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 27, p. 103-116, jul-set-2019. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89ce2300000190d13592c5ec91fb08&docguid=Ia7006d20f25111dfab6f010000000000&hitguid=Ia7006d20f25111dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=28&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 20/06/2024.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021. E-book. ISBN 9788530994198. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994198/>. Acesso em: 26/10/2024.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fato de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, A. E. Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho. **Diálogos de saberes**, [S. l.], n. 22, p. 96–116, 2018. Disponível em: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/4286>. Acesso em: 22/06/2024.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (art. 1º a 120). vol. 1. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. A.V. 19-2001). In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Eds.). *La autoría mediata: el caso Fujimori*. Lima-Peru: Ara Editores, 2010.

MEINI, Iván. **Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MESTIERI, João. **Teoria elementar do Direito Criminal**. Parte Geral. Rio de Janeiro, Editora do Autor, 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE UN APARATO DE PODER COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 100/2013. p. 175 – 210. Jan - Fev/2013. DTR\2013\398. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a8997f400000192ce11877559a19141&docguid=I1a48c910645d11e2bdc2010000000000&hitguid=I1a48c910645d11e2bdc2010000000000&spos=44&epos=44&td=45&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25/09/2024.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoria y participación en el derecho penal económico, o ¿como imputar a título de autores as las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de um delito em el ámbito de la delincuencia económica empresarial? **Revista Penal**, Salamanca, n. 9, p. 59-98, ene. 2002.

NERO, Glauter Del; e NAVES, José aulo Micheletto. Considerações dogmáticas sobre o crime de cartel. IN: CURY, Rogério. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. E-book. ISBN 9786556270531. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556270531/>. Acesso em: 08/10/2024.

NIETO MARTÍN, Adán. **La Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado**. Universitat Oberta de Catalunya. Disponível em: https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/142806/2/Responsabilidad%20penal%20de%20la%20empresa%20y%20modelos%20preventivos_Módulo%20didáctico%202_La%20responsabilidad%20penal%20de%20las%20personas%20jurídicas%20en%20el%20derecho%20comparado.pdf. Acesso em: 01/10/2024.

NIETO MARTÍN, Adán. **Sistemas de imputación y culpabilidad de empresa**. Universitat Oberta de Catalunya. Disponível em: https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/142806/1/Responsabilidad%20penal%20de%20la%20empresa%20y%20modelos%20preventivos_Módulo%20didáctico%201_Sistemas%20de%20imputación%20y%20culpabilidad%20de%20empresa.pdf. Acesso em: 01/10/2024.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, volume 1: introdução e parte Geral. 38 ed. rev. e atual. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOVAES, Maria Tereza Grassi Novaes. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica à luz dos pressupostos do artigo 3º da Lei nº 9.605/98**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons. 2022.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120. v.1. 7ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559646852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646852/>. Acesso em: 08/10/2024.

PASCHOAL, Janaina C. **Direito Penal: Parte Geral**. 2nd ed. Barueri: Manole, 2015. E-book. ISBN 9788520449196. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520449196/>. Acesso em: 12/10/2024.

PERU – CORTE SUPREMA DE JUSTICIAL DE LA REPÚBLICA – SALA PENAL ESPECIAL – **EXP. N° A.V. 19 – 2001**. Disponível em: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/05/Expediente-A.V.-19-2001-LPDerecho.pdf>. Acesso em 20/02/2025.

PORTOCARRERO, Cláudia B.; ÁVILA, Filipe. **Direito Penal Decifrado: Parte Geral**. (Coleção Decifrado). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646364. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646364/>. Acesso em: 20/07/2024.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. ISBN 9788530991609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530991609/>. Acesso em: 26/10/2024.

ROCHA, José Manuel de S. **História do Direito no Ocidente**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6434-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6434-4/>. Acesso em: 13/10/2024.

ROXIN, Claus. Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú, In: AMBOS, Kai; MEINI, Iván (Eds.). **La autoría mediata: el caso Fujimori**. Lima-Peru: Ara Editores, 2010.

ROXIN, Claus. **Autoria y dominio del hecho en Directo Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. *Panóptica*. **Law E-Journal**, no 04, 2009. p. 69-94, Disponível em: www.panoptica.org. Acesso em: 13/10/2024.

ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Tradução de Enrique Anarte Borrallo. *Revista Penal*, n. 2, 1998, p. 61. Disponível em: <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13228/Problemas.pdf?sequence=2>. Acesso em 13/02/2025.

SALGADO, Daniel de R.; BECHARA, Fábio R.; GRANDIS, Rodrigo de. **10 Anos da Lei das Organizações Criminosas: Aspectos Criminológicos, Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Almedina, 2023. E-book. ISBN 9786556278865. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556278865/>. Acesso em: 14 jun. 2025.

SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. Ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANTOS, Jurarez Cirino dos. **Direito Penal**, parte geral. 6 ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SCHLÖSSER, J. Soziale Tatherrschaft. Berlim: Dunker & Humblot, 2004. In: FIGUEIREDO, Simone de Sá Rosa; ARAÚJO, José Mário Ramos correia de. Transplante legal: o domínio da organização em claus roxin e na jurisprudência do supremo tribunal federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 197/ 2023. p. 155-184. Jul-Ago/2023 DTR\2023\6794. Disponível em:

<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89b bf7000001928c1e9ee3b67b44d8&docguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&hitguid=I5a04b64010b411ee9bdab09b23cf7cdc&spos=1&epos=1&td=3&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Trad. Daniela Brückner e Lascurain Sánchez. 1988. t. 41, fasc. 2, p. 529-530. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/189/189>. Acesso em 08/04/2024.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2003.

SHECAIRA, Sergio Salomão. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas: uma perspectiva do Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. vol. 921/2012. p. 281-294. Jul/2012 Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal. vol. 2/2019. Jan/2019 - DTR\2012\44819. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a899 7f40000019249150e85373cecaa&docguid=I5fad9960c66311e1ba6a00008517971a&hitguid=I5fad9960c66311e1ba6a00008517971a&spos=8&epos=8&td=15&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01/10/2024.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad de las personas en derecho español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. **Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos – "Control over the act-theory" and its application in corporate criminality: theoretical and practical aspects. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 105/ 2013. p. 59-92. Nov-Dez/2013. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal. vol. 2/ 2019. Jan/2019 DTR\2013\11625. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89a 874000001928d35e242b94e49ba&docguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000&hitguid=Icb98d7f0540811e3a37d010000000000&spos=5&epos=5&td=7&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25/08/2024.

TANGERINO, Davi de Paiva C. **Culpabilidade**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2014. E-book. ISBN 9788502226494. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502226494/>. Acesso em: 23/06/2024.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. IN: **Anuario de derecho penal** - Prof. José Hurtado Pozo. Universität Freiburg. 1996. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf. Acesso em: 02/01/2024.

WELZEL. Hans. Derecho Penal. **Parte General**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Ed. Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal** – Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996.

ZIMMERMANN, Augusto. **Cosmovisões do Direito no Mundo Ocidental**. 1. ed. Londrina: EDA, 2022.