



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Elder Fernandes Luciano

**Autoria e participação em delitos empresariais: a responsabilidade penal individual nas relações verticais e horizontais**

Rio de Janeiro

2017

Elder Fernandes Luciano

**Autoria e participação em delitos empresariais: a responsabilidade penal individual nas relações verticais e horizontais**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

L937

Luciano, Elder Fernandes.

Autoria e participação em delitos empresariais: a responsabilidade penal individual nas relações verticais e horizontais / Elder Fernandes Luciano. - 2017.

270 f.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Direito penal econômico - Teses. 2. Responsabilidade penal –Teses. 3.Crime.– Teses. I.Souza, Artur de Brito Gueiros. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.2

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Elder Fernandes Luciano

**Autoria e participação em delitos empresariais: a responsabilidade penal individual nas relações verticais e horizontais**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 14 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Orientador)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. João Paulo Orsini Martinelli  
Universidade Federal Fluminense

## DEDICATÓRIA

A Patrícia, por ter me conferido o prazer de conjugar o verbo amar.  
Aos meus pais, Bernardete e Luiz Geraldo, que sempre me fizeram valorizar os estudos.

## AGRADECIMENTOS

Mais um ciclo de estudos se encerra e ao término dessa etapa fica a certeza da feliz escolha pelo caminho trilhado. É justo expressar minha gratidão àqueles que, de alguma forma, contribuíram para atingir a esta fase acadêmica.

Com muito amor agradeço à minha esposa, companheira e amiga que compartilha dos mesmos sonhos.

Ao meu orientador, Professor Doutor Artur Gueiros, por ter aceitado a me orientar e a me ajudar ao longo desta jornada. Agradeço pela receptividade e pela generosidade no auxílio deste trabalho, que somente foi aprimorado com suas orientações inestimáveis.

Agradeço aos ilustres membros da banca, Professor Doutor Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Professor Doutor João Paulo Orsini Martinelli pela honrosa presença na banca examinadora, o que certamente só vem a tornar mais digna a apresentação do trabalho.

Aos ilustres Professores com os quais tive a oportunidade de frequentar as disciplinas, Jorge Luís Fortes Pinheiro da Câmara, Patrícia Mothé Glióche Béze, Davi de Paiva Costa Tangerino, Nilo Batista, Vera Malaguti de Souza Weglinski Batista, Christiano Falk Fragoso e, ao próprio orientador, Prof. Dr. Artur Gueiros. Suas contribuições para meus entendimentos de Direito Penal Constitucional, Política Criminal, Criminologia, História do Direito, Teorias da Conduta e Direito Penal Econômico aprimoraram a visão sobre as Ciências Criminais.

A todos os amigos de pós, cursantes do Mestrado e do Doutorado, pelas enriquecedoras discussões em salas de aula.

À Justiça Federal, que tem sido a minha segunda casa nos últimos quinze anos, e a própria Universidade do Estado do Rio de Janeiro que também foi minha casa de estudos nos últimos dois anos.

Não poderia deixar de externar meus agradecimentos a Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues e a José Maria Panoeiro pelos votos de confiança e pela gentileza de referendarem minha inclinação pela pesquisa científica.

Deixo um fraterno abraço a todas as outras pessoas com quem convivo e somente não as listo nominalmente para evitar dois problemas: pecar pelo esquecimento ou tornar a seção de agradecimentos maior que a própria dissertação.

Na formação e aplicação da lei, o legislador induz e o juiz deduz. À ciência compete ratificar as induções de um e esclarecer as deduções do outro.

*Tobias Barreto*

## RESUMO

LUCIANO, Elder Fernandes. **Autoria e participação em delitos empresariais: a responsabilidade penal individual nas relações verticais e horizontais.** 2017. 270. p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A dissertação discorre sobre a responsabilidade penal individual dolosa no âmbito da criminalidade de empresa e propõe soluções para distinção entre autoria e participação com o propósito de ter eficácia na dosimetria da pena. Para tanto são analisados diversos aspectos do Direito Penal Econômico e das características dos crimes empresariais. Complementando tais pesquisas, o presente trabalho analisa a carga teórica do concurso de agentes. A abordagem alcança tanto a relação hierárquica quanto a relação horizontal entre as pessoas que trabalham com a atividade econômica. Sobre a relação hierárquica, diante das várias posturas ilícitas que os empresários e os empregados podem adotar no âmbito corporativo, são verificadas as vertentes da teoria do domínio tanto para os atos comissivos quanto para os atos omissivos, tangenciando questões sobre a delegabilidade. Sobre a relação horizontal, além de ofertar um enfoque na identificação da autoria em organizações empresariais complexas, discorre-se sobre a distinção de votos nos órgãos colegiados.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Direito Penal Empresarial. Responsabilidade penal individual. Autoria e participação.

## ABSTRACT

LUCIANO, Elder Fernandes. **Autorship and participation in corporate crimes:** Individual criminal responsibility in vertical and horizontal relations. 2017. 270 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The dissertation discusses individual criminal liability in the context of corporate crime and proposes solutions to distinguish between authorship and participation in order to be effective in the sentencing phase. For that, various aspects of the Economic Criminal Law and the characteristics of corporate crimes are analyzed. Complementing this research, the present work analyzes the theoretical load of the participation of different agents. The approach reaches both the hierarchical relationship and the horizontal relationship between the people who work with the economic activity. Regarding the hierarchical relationship, in view of the various illicit postures that businessmen and employees may adopt at the corporate level, the domain theory aspects are verified for both commissive acts and omissive acts, taming questions about delegability. On the horizontal relationship, besides a focus on the identification of authorship in complex business organizations, there is a discussion about the distinction of votes in the collegiate bodies.

**Keywords:** Culpability. Economic Criminal Crime. Corporate Criminal Crime. Individual criminal responsibility. Autorship and participation.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIDP	Associação Internacional de Direito Penal
BGH	Bundesgerichtshof – Superior Tribunal Federal alemão
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
EUA	Estados Unidos da América
EPA	United States Environmental Protection Agency - Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
JCE	Joint Criminal Enterprise - Empresa Criminal Conjunta
LSA	Lei das Sociedades Anônimas
RDA	República Democrática da Alemanha
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STS	Sentencia del Tribunal Supremo - Sentença do Supremo Tribunal
MPF	Ministério Público Federal
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPIJ	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
1	<b>CRIMINALIDADE NO ÂMBITO EMPRESARIAL</b> .....	17
1.1	<b>Casos de criminalidade empresarial</b> .....	21
1.2	<b>Direito Penal Econômico e crimes empresariais</b> .....	31
1.2.1	<u>Criminalidade na empresa e criminalidade de empresa</u> .....	35
1.3	<b>Estrutura e características dos delitos empresariais</b> .....	38
1.3.1	<u>Estrutura dos delitos empresariais</u> .....	40
1.3.2	<u>Características dos delitos empresariais</u> .....	41
1.4	<b>Ontologismo e normativismo na ação penal</b> .....	46
1.4.1	<u>Simbiose entre o ontologismo e o normativismo na conduta punível</u> .....	53
1.5	<b>Conclusão</b> .....	58
2	<b>CONCURSO DE AGENTES E DELIMITAÇÃO DA AUTORIA E PARTICIPAÇÃO</b> .....	60
2.1	<b>Distinção ontológica entre autoria e participação</b> .....	61
2.2	<b>Sistemas unitário e diferenciador</b> .....	63
2.2.1	<u>Sistema unitário</u> .....	65
2.2.2	<u>Sistema diferenciador</u> .....	70
2.3	<b>Teoria da participação <i>stricto sensu</i></b> .....	72
2.3.1	<u>As espécies de participação <i>stricto sensu</i></u> .....	72
2.3.2	<u>A acessoriedade da conduta do partícipe em relação à conduta do autor</u> .....	73
2.4	<b>Teorias que distinguem autoria e participação</b> .....	75
2.4.1	<u>Teorias objetivas</u> .....	76
2.4.2	<u>Teoria subjetiva ou subjetiva-material</u> .....	80
2.4.3	<u>Teorias sobre o domínio</u> .....	81
2.4.3.1	Domínio da ação.....	87
2.4.3.2	Domínio da vontade.....	88
2.4.3.3	Domínio funcional do fato.....	91
2.4.3.4	Domínio sobre a causa de um resultado.....	92

2.4.4	<u>Teoria da infração de um dever</u> .....	93
2.4.5	<u>Teoria da instigação-autoria</u> .....	98
2.4.6	<u>Teoria da <i>Joint criminal enterprise</i> (Empresa criminal conjunta)</u> .....	102
2.5	<b>Conclusão</b> .....	106
3	<b>O CONCURSO DE AGENTES NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	107
3.1	<b>O concurso de agentes na legislação brasileira</b> .....	107
3.1.1	<u>O histórico legislativo sobre o concurso de agentes</u> .....	107
3.1.2	<u>O sistema adotado pelo Código Penal brasileiro</u> .....	111
3.1.3	<u>A omissão imprópria e o concurso de agentes</u> .....	118
3.1.4	<u>Os delitos especiais e o concurso de agentes</u> .....	122
3.1.4.1	O administrador de fato.....	127
3.1.4.2	A atuação em nome de outrem.....	129
3.2	<b>O posicionamento da jurisprudência nacional sobre o concurso de agentes no âmbito da criminalidade empresarial</b> .....	132
3.2.1	<u>O posicionamento do Supremo Tribunal Federal</u> .....	134
3.2.2	<u>O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça</u> .....	141
3.2.3	<u>O posicionamento dos Tribunais Federais</u> .....	142
3.2.4	<u>A jurisprudência e os delitos especiais</u> .....	146
3.3	<b>O atual estágio da discussão doutrinária sobre o domínio da organização e os delitos empresariais</b> .....	148
3.3.1	<u>Os estudos jurídicos estrangeiros</u> .....	148
3.3.2	<u>Os estudos jurídicos nacionais</u> .....	157
3.4	<b>Conclusão</b> .....	161
4	<b>A RESPONSABILIDADE PENAL POR CRIMES EMPRESARIAIS NO ÂMBITO DA RELAÇÃO HIERÁRQUICA</b> .....	163
4.1	<b>A necessidade de prova para qualquer condenação penal</b> .....	164
4.2	<b>As diversas estruturas das sociedades empresariais e as espécies de domínio do fato</b> .....	167
4.3	<b>A questão da autorresponsabilidade</b> .....	169
4.4	<b>A aplicabilidade dos fundamentos da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais</b> .....	171
4.4.1	<u>O poder de mando</u> .....	176

4.4.2	<u>A desvinculação da ordem jurídica e o aparato empresarial</u> .....	178
4.4.3	<u>A fungibilidade dos empregados</u> .....	182
4.4.4	<u>A predisposição para a prática delitiva pelos executores do fato e o ambiente corporativo</u> .....	187
4.5	<b>A relação hierárquica e hipóteses de coautoria (domínio funcional do fato)</b>	193
4.6	<b>A responsabilidade penal dos executores materiais</b> .....	198
4.7	<b>A responsabilidade penal dos agentes intermediários</b> .....	201
4.8	<b>A responsabilidade penal por omissão e o domínio do fato</b> .....	204
4.8.1	<u>A delegabilidade de funções</u> .....	211
4.8.2	<u>O dever de vigilância e o <i>compliance</i> criminal</u> .....	215
4.9	<b>Conclusão</b> .....	218
5	<b>A RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL NOS ÓRGÃOS COLEGIADOS E A RELAÇÃO DE HORIZONTALIDADE</b> .....	220
5.1	<b>A aplicabilidade dos fundamentos da teoria da competência nos delitos empresariais</b> .....	221
5.2	<b>O Conselho de Administração, a Diretoria e o respectivo funcionamento</b> .....	229
5.3	<b>Os efeitos do acordo no âmbito da decisão colegiada</b> .....	234
5.3.1	<u>O risco empresarial</u> .....	237
5.3.2	<u>A previsibilidade do ilícito e do dano</u> .....	238
5.4	<b>A imputação de responsabilidade penal no acordo colegiado contrário ao Direito</b> .....	239
5.4.1	<u>O posicionamento nas votações nos órgãos colegiados</u> .....	241
5.4.1.1	O voto favorável ao fato ilícito.....	242
5.4.1.2	O voto irrelevante.....	243
5.4.1.3	O voto em branco.....	244
5.4.1.4	A ausência do dirigente na votação.....	245
5.4.1.5	O voto contrário à prática ilícita.....	247
5.4.2	<u>A análise da responsabilidade individual no órgão colegiado em dois exemplos</u>	251
5.4.2.1	A deliberação pela comissão de um delito.....	251
5.4.2.2	A deliberação pela omissão e a ocorrência de um dano.....	253
5.5	<b>Reflexos na dosimetria diante da distinção entre autoria e participação nos delitos empresariais</b> .....	253

5.6	<b>Conclusão</b> .....	257
	<b>CONCLUSÕES</b> .....	258
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	260

## INTRODUÇÃO

A autoria e a participação se revelam como uma das questões mais complexas e intrigantes do Direito Penal. Complexa porque, caso o pesquisador tenha interesse em estudar o tema com mais afinco, perceberá que sequer há uniformidade quanto às delimitações conceituais. Intrigante porque autoria e participação são indicativos de responsabilidade penal, mas que somente haverá efetiva distinção se houver a valoração de condutas, a qual nem sempre é reconhecida minuciosamente pelo legislador. A valoração de condutas, por sua vez, pode ter estreito corredor delimitado pela legislação ou pode ter uma maior abertura conferida ao aplicador da lei, pautado em questões de política criminal e na vivacidade de fatos que pode ser verificada em uma situação concreta, em especial, no ambiente corporativo.

Com efeito, as transformações do mundo contemporâneo, ocorridas em decorrência do surgimento da sociedade pós-industrial, desencadearam a manifestação de novos fenômenos e, conseqüentemente, novas controvérsias. O desrespeito às novas normas de convívio em sociedade é algo que o Direito Penal não pode ignorar e a solução do adequado reconhecimento da responsabilidade criminal exige resposta minimamente razoável da ciência jurídico penal.

Para responder a alguns dos questionamentos sobre a criminalidade empresarial, mostra-se pertinente compreender que as pessoas jurídicas podem se desenvolver em variadas grandezas e, à medida que se tornam mais complexas, surgem maiores controvérsias quanto à apuração das responsabilidades.

A prática delitativa societária pode, então, se manifestar de diversas formas. Contudo, o objeto do trabalho tem como foco abordar a criminalidade de empresa, área propícia de investigação do Direito Penal Econômico, que abrange os crimes perpetrados por intermédio da atuação de uma empresa, pela qual se lesam, costumeiramente, bens jurídicos coletivos ou transindividuais. A restrição do tema também será percebida no decorrer da leitura em relação à manifestação volitiva da pessoa física. O dolo é a peça norteadora na condução das ideias que serão lançadas, muito embora se reconheça que as condutas culposas despertam atenção de mesma envergadura, mas que, por opção temática, terão que ser estudadas em outra oportunidade.

As condutas dolosas, dentro do ambiente criminal empresarial, são realizadas geralmente por mais de uma pessoa, que, em algumas vezes, estão em posições hierárquicas

distintas. Nessas hipóteses se verificam posições de agentes que emitem ordens e outros que as executam. Em outros casos, há manifestações de vontade entre pares, ou seja, dentro de uma linha horizontal de poderes, abrindo-se o leque de discussão de como cada uma das condutas, sob o pálio da gradação da responsabilidade, deve ser tratada. Essas condutas poderão ser comissivas, quando se ordena fazer algo, ou omissivas, quando nada se faz ou se delibera para que nada seja feito.

Diante da verticalidade e da horizontalidade na combinação de condutas, duas vertentes problemáticas podem vir à tona.

Na primeira, questiona-se como deverá ser distribuída a responsabilidade entre aqueles que ordenam, aqueles que transmitem a ordem e aqueles que a executam, tendo em vista o mecanismo do poder hierárquico, sobretudo em decorrência da organização de algumas estruturas empresariais. O paradigma tradicional de delito traz a lembrança de que, no concurso de pessoas, o executor é o autor do delito, entretanto, na seara empresarial, em regra esse agente desempenha um papel secundário.

Para a resolução dessa e de outras questões que a orbitam, é necessário avaliar se a sociedade empresarial é um instrumento eficaz a ser utilizado no comando das ordens e, para avaliar isso, será demandada análise sobre temas como a estruturação dos crimes empresariais, o poder de mando, a relação de obediência e o ambiente corporativo.

Na segunda vertente, considerando que o tema ainda é pouco abordado na literatura jurídica, surge o questionamento de como imputar a responsabilidade individual para os dirigentes que deliberam em órgãos colegiados. Sabe-se que as decisões colegiadas vinculam o direcionamento da pessoa jurídica, mas se questiona se há reflexos penais para os dissidentes que a ela estão vinculados, por obrigação contratual ou estatutária, a seguirem a votação majoritária.

Dentre esse e outros questionamentos similares, inclusive a da identificação da responsabilidade em organizações empresariais complexas, deverão ser avaliados se o domínio do fato e o domínio sobre a causa do resultado podem ofertar algum tipo de solução.

Para desenvolver essas matérias, a estruturação do trabalho foi dividida em 5 (cinco) capítulos.

No primeiro capítulo será dissertado sobre a criminalidade no âmbito empresarial. A pretensão dessa primeira parte do trabalho é divulgar visão geral sobre a relação do Direito Penal Econômico com o Direito Penal Empresarial, com a apresentação correspondente da estrutura e das características da criminalidade de empresa. Para demonstrar a importância do estudo do tema, são exemplificativamente elencados alguns casos, envolvendo escândalos

financeiros, político, comercial e ambiental, mas todos em torno de práticas ilícitas empresariais. Esses exemplos servem de paradigmas para a análise das condutas comissivas e omissivas de agentes empresariais que serão observadas nos capítulos subsequentes. Para finalizar o primeiro capítulo, é abordado o tema da relação entre o ontologismo e o normativismo da ação.

No segundo capítulo, a responsabilidade penal é analisada tanto sob o pálio da autoria quanto da participação. Com o intuito de encontrar justificativa razoável para distinção entre autor e partícipe são apresentadas teorias sobre o assunto com enfoque nos delitos empresariais.

No terceiro capítulo é realizado, primeiramente, um panorama sobre o concurso de agentes voltado especificamente para a legislação brasileira. Percorrendo o terreno nacional, será apresentado estudo sobre a aplicabilidade da teoria do domínio do fato pelos Tribunais, e, por fim, o posicionamento da doutrina quanto à aplicabilidade ou não da teoria do domínio da organização para os crimes empresariais. Para fundamentar esse capítulo, são apresentados os posicionamentos dos estudos realizados no exterior (Alemanha, Espanha e Portugal) e no Brasil.

Nos dois capítulos subsequentes há uma divisão sobre o ângulo de análise da autoria e da participação. Em um capítulo disserta-se sobre a responsabilidade penal por crimes empresariais no âmbito da relação hierárquica e no subsequente sobre a relação horizontal.

No quarto capítulo, então, há tomada de posição sobre a aplicabilidade da teoria do domínio do fato nos delitos empresariais, fundada na explicação da amplitude do conceito de domínio do fato, do poder de mando, das influências das forças situacionais da empresa, da predisposição e da autorresponsabilidade dos executores do fato. Cabe observar, no âmbito dessa criminalidade, se existe relação de poder, semelhante a um aparato organizado concebido para estruturas desvinculadas ao Direito. Nisso ressalta perceber se em tais situações haveria automaticidade no cumprimento da ordem pelos subordinados quando a determinação tenha sido emitida pelo superior hierárquico.

A responsabilidade penal, no âmbito da relação hierárquica, também pode ocorrer pelo viés omissivo. Por isso, nesse mesmo capítulo há referência também a essa espécie de conduta, inclusive sobre celeumas que podem advir com a delegação de funções.

No último capítulo, a presente investigação discorre sobre método de identificação da responsabilidade penal individual em organizações empresariais complexas. Após isso, a abordagem da conduta passa a girar em torno dos acordos colegiados. A direção de grandes empresas, estruturadas hierarquicamente, é guiada geralmente por uma Diretoria ou por um

Conselho de Administração, nos quais seus integrantes votam e, em virtude da formação da vontade da maioria, geram consequências nem sempre desejáveis. Serão, então, analisados os votos daqueles que foram a favor da prática ilícita, dos que votaram em branco, dos que se ausentaram e também daqueles que foram votos minoritários e contrários à prática delitiva. Ao final do capítulo são apresentados os possíveis reflexos que podem advir com o reconhecimento da distinção efetiva entre a autoria e participação nos delitos empresariais.

O estudo, além de apresentar conclusões parciais, apresentará algumas conclusões ao final do trabalho que abrangerão os questionamentos que surgem desde este momento.

Em termos metodológicos, pode ser destacada a utilização de saberes interdisciplinares como a criminologia e sobretudo a dogmática.

Com relação às fontes, o trabalho se embasou na colheita de doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, em especial a produção literária na Alemanha, na Espanha e em Portugal, bem como de decisões judiciais, com forte enfoque na teoria do domínio do fato para os delitos empresariais.

Não se pretende com a exposição do tema apresentar propostas irrefutáveis, mas que tenham mínima base teórica e que sirvam a certo pragmatismo e à reflexão crítica. Com isso, no decorrer do trabalho serão mencionados exemplos de casos do dia a dia forense, o que vem ao encontro do método indutivo proposto.

Com relação ao conteúdo do trabalho, optou-se por desenvolver linha de raciocínio contínua, sem citações longas no corpo do texto. O conteúdo de cada parágrafo geralmente estará embasado em obras doutrinárias colhidas durante a elaboração da dissertação. Esses embasamentos foram inseridos em notas de rodapé. Em razão da relação mútua entre o corpo da dissertação e as referências, optou-se por não traduzir as transcrições, sobretudo porque a maior parte dos textos está redigida em português ou em espanhol.

O presente trabalho tem por objetivo colaborar com as discussões a respeito da polêmica responsabilização penal dos dirigentes e sobretudo a distinção entre a autoria e a participação no âmbito das organizações empresariais, fazendo com que as propostas a serem apresentadas possam ter algum reflexo na individualização da pena. Em outras palavras, objetiva-se contribuir para o tema de forma modesta e com amplo e irrestrito respeito ao enfrentamento de teses que já foram trabalhadas por respeitáveis juristas e que serviram como norte reflexivo.

Em face das mais variadas críticas que sofrem as decisões judiciais a respeito da distinção sobre a autoria e a participação em delitos empresariais, mostra-se pertinente revisitar esse tema e verificar se há algum efeito prático nessa distinção.

## 1 CRIMINALIDADE NO ÂMBITO EMPRESARIAL

Os primeiros estudos sistemáticos entre a criminalidade e o meio empresarial ocorreram na primeira metade do século XX por iniciativa de Edwin Hardin Sutherland, o qual, após pesquisar sobre as condenações sofridas pelas maiores empresas, tanto na instância cível quanto na criminal,<sup>1</sup> concluiu que os criminosos do chamado colarinho branco (*white collar crimes*) eram mais suaves e menos diretos que os barões do roubo do século XIX.

Após anos de estudos, o sociólogo americano percebeu que indicativos de criminalidade se encontravam também em relatórios de investigação de cartórios de registros públicos, de ferrovias, de seguradoras, das indústrias de armamentos, de transações bancárias, de serviços de utilidade pública, da bolsa de valores, da indústria do petróleo, do setor imobiliário, de falências e da política.<sup>2</sup>

Para a época, surpreendentemente, verificou-se que a infringência à lei por pessoas com elevado *status* era algo tão frequente quando comparado com as pessoas que praticavam os delitos do chamado Direito Penal nuclear. Essa surpresa ocorreu em virtude de o pensamento criminológico da época ter, por primazia, fatores biológicos por influência das pesquisas de Césare Lombroso e também por outros fatores decorrentes dos estudos sociológicos que predominavam no início do século XX<sup>34</sup>.

Com efeito, as sucessivas transformações do mundo contemporâneo, ocorridas em decorrência do surgimento da sociedade pós-industrial, desencadearam a manifestação de

<sup>1</sup> “The present analysis covers the life careers of the 70 corporations. The average life of these corporations is approximately 45 years, but decisions as to the date of origin are arbitrary in a few cases. The analysis, also, includes the decisions against the subsidiaries of the 70 corporations, as listed in the standard manuals, for the period these subsidiaries have been under the control of the parent Corporation.” (SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White collar crime*. The uncut version. Binghamton: Yale University, 1983, p. 13).

<sup>2</sup> “The present-day White collar crimes are more suave and less forth-right than robber barons of the last century but not less criminal. Criminality has been demonstrated again and again in reports of investigations of land offices, railways, insurance, munitions, banking, public utilities, stock exchanges, the petroleum industry, the real estate industry, receiverships, bankruptcies, and politics.” (*Idem*, p. 8).

<sup>3</sup> “Apesar dos estudos de Tarde e de outros opositores da *Scuola Positiva* italiana, a Criminologia, no início do século XX, ainda se baseava fortemente em paradigmas *biológicos* (patologias, em sua maioria, transmissíveis por herança) ou *sociopatológicos* (pobreza, desemprego, desagregação familiar, moradias em guetos etc.), que predisporiam o homem à delinquência. A rigor, a Criminologia encontrava-se impregnada de preconceitos, imprecisões, ambiguidades, generalizações, sendo a investigação criminológica - para muitos acadêmicos - um desperdício de tempo e de dinheiro, que poderiam ser mais bem empregados em outros setores efetivamente científicos nas universidades e nas administrações públicas.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito penal econômico e o novo direito penal. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 110).

<sup>4</sup> “A pobreza era um dado constante em todas as pesquisas da gênese criminosa. Mesmo os estudos ecológicos da Escola de Chicago, que já tinham a vantagem de superar as clássicas pesquisas envolvendo os reclusos do sistema penitenciário, ainda sustentavam o fato de que a criminalidade era bem mais frequente nos cinturões de pobreza das grandes metrópoles. Preservavam, de alguma forma, a ideia de patologia social.” (LEMOS, Clécio José Morandi de Assis. Prefácio. SUTHERLAND, Edwin Hardin. *Crime de colarinho branco*. Versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 15).

novos fenômenos e de novas controvérsias. O desrespeito às novas normas de convívio em sociedade, nelas incluídas as relações empresariais, é algo que o Direito Penal não pode ignorar e a solução do adequado reconhecimento da responsabilidade penal exige resposta minimamente razoável da ciência penal. As mudanças e os avanços tecnológicos não cessam e com elas surgem seus benefícios e seus malefícios.

Segundo Artur de Brito Gueiros Souza, desde épocas mais remotas se procura reprimir infrações à atividade econômica. No entanto, somente no século passado, em virtude do desenvolvimento das relações sociais e da expansão da criação de empresas para a produção, a circulação e o consumo de bens e serviços, o olhar para o Direito Penal Econômico se voltou com maior frequência e intensidade.<sup>56</sup> Essa afirmação é partilhada por Joyce Roysen, ao afirmar que a criminalidade é tratada com maior ou menor formalidade conforme o período histórico. O que se chama modernamente de Direito Penal Econômico teria surgido a partir de experiências das duas grandes guerras mundiais, reforçado com a crise norte-americana de 1929.<sup>78</sup>

---

<sup>5</sup> “Existem disposições que, desde épocas remotas, procuram reprimir infrações nas atividades econômicas, tais como as fraudes no pagamento de impostos, usura e açambarcamento de matérias-primas essenciais ou gêneros alimentícios. No entanto, pode-se afirmar que o Direito Penal Econômico, como conjunto de normas relativamente homogêneas e destacadas do Direito Penal nuclear, somente surgiu no século XX.” (SOUZA, 2011, p. 105).

<sup>6</sup> “Não que anteriormente se desconhecemos casos de autêntico direito penal económico. A punição - por vezes drásticas - do açambarcamento, da especulação, da venda de bens essenciais deteriorados, da violação das normas sobre exportação de certos bens, é fenómeno que se localiza em todas as épocas da História. No direito romano, a *Lex Julia de annonae*, editada no tempo de César e cuja vigência se prolongou até Justiniano, punia severamente a alta dos preços e o ilícito em matéria de importação e comércio de cereais. A punição poderia ir até a pena de morte. Já no séc. XVIII, vemos no reinado de Maria Teresa punir com multa pesada e, até, com a pena de morte, a exportação de cereais e frutas bem como a violação das normas sobre o fabrico de cerveja. Nem mesmo a época do liberalismo passou asséptica a esta necessidade de tutela contra formas de especulação. De resto, por ironia da História, o liberalismo abandonou definitivamente o terreno com normas de carácter pena a lutar - a título póstumo - contra a concentração, em defesa do modelo de concorrência.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto (Org.) Temas de direito penal económico. São Paulo: RT, 2000, p. 70).

<sup>7</sup> “Sem entrar na longa discussão doutrinária a respeito dos conceitos de delito económico e direito penal económico, podemos dizer que a criminalidade ligada à atividade económica, entendida em sentido amplo, como as atividades de produção e trocas sociais, existe desde que o homem é homem e vive em sociedade. A criminalidade é tratada com maior ou menor formalidade conforme o período histórico sobre o qual nos debruçamos e refletirá em suas disposições os valores e a cultura da época e do povo que o produziu. Assim, já o direito romano previa punições, muito severas por vezes, a condutas como preços abusivos, especulação e ilícitos na importação e exportação de produtos dentro das fronteiras do Império. O direito canónico, muito influente em variados momentos da História, também sempre condenou práticas como a usura, porque a cobrança de juros significava uma forma de taxaço sobre o tempo, que seria algo absolutamente sagrado e, portanto, fora das esferas de decisão sobre as quais os homens poderiam atuar. Não foi diferente no decorrer dos séculos, quando as transformações sociais, às suas maneiras, incorporavam novos ilícitos relacionados à atividade económica e os sancionava penalmente. Desde antes da formação dos Estados modernos, a falsificação de moeda, instrumento fundamental nas unificações, era considerada crime, à semelhança do que aconteceu nos anos do descobrimento das Américas e nas futuras colónias como o Brasil, em que o crime era apenado até com a morte na fogueira e confisco de bens. Nessa época, já havia previsão para

Com esse novo olhar sobre o desrespeito às normas econômicas, reflexo da mudança estrutural da sociedade, passou-se a buscar respostas no âmbito da criminologia, da dogmática e da política criminal.<sup>9</sup> Em virtude disso, o estudo do Direito Penal Econômico vem despertando interesse com a crescente manifestação legiferante nesta área desde a metade do século passado. A produção legislativa nacional é um exemplo de que, ao longo dos anos, a sociedade vem se ocupando de regulamentar matérias econômicas e empresariais e, paralelamente, criando tipos penais para assegurar o cumprimento do bom funcionamento desse segmento.<sup>10</sup> A crescente repressão nessa órbita abrange tanto delitos que afetam

---

delitos como o roubo ou a apropriação indébita de aves e escravos previstos no Código Penal das Ordenações Filipinas do Reino de Portugal e que vigeu aqui por longos anos.

Mesmo no auge do liberalismo econômico e do modelo de Estado liberal, logo em seguida às revoluções francesa e industrial, em que reinavam as crenças na liberdade de concorrência e nos ajustes da “mão invisível” do Mercado, países como a França (Código Penal de 1810), a Bélgica (Código Penal de 1867) e a Itália (Código Penal de 1899) criminalizavam as especulações comerciais. Nessa esteira, nos últimos anos do século XIX e início do século XX, assistiu-se à proliferação das legislações antitruste a partir dos Estados Unidos da América, que têm como sua principal expressão até os dias de hoje o *Sherman Act* (1890).

A essa altura, o Código Criminal brasileiro do Império, de 1830, mantinha os delitos de falsificação de moedas, contrabando, furto, roubo, “banca-rotas” e estelionato (agora sob a influência do iluminismo penal de Beccaria e outros, com penas mais brandas, que variavam entre multa, prisão e prisão com trabalho). O Código Penal de 1890 ampliou a lista de crimes, passando a apenar também a falência (semelhante à bancarrota), outros crimes de abuso de confiança e atividade fraudulenta, além de apresentar um capítulo voltado aos crimes contra a propriedade imaterial (estrutura muito semelhante à que será mantida na Consolidação das Leis Penais de 1932). No entanto, o que chamamos modernamente - e de modo genérico - de direito penal econômico só iria surgir a partir das experiências das duas grandes guerras mundiais. A destruição por elas causadas e os danos às economias dos países envolvidos e de todo o mundo, reforçados pela crise americana de 1929, impulsionaram os Estados a superarem as idéias do liberalismo e avançarem rumo a outro tipo de postura em face das atividades econômicas.” (ROYSEN, Joyce. *Histórico da criminalidade econômica. Direito penal econômico e da empresa*. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTE, René Ariel (Org.). *Doutrinas essenciais direito penal econômico*. Teoria geral da tutela penal transindividual. v. 1. São Paulo: RT, 2011, p. 541-543).

<sup>8</sup> “Em que pese ser possível encontrar dispositivos em matéria penal que regulamentem atividades econômicas desde a Antiguidade, o que se convencionou chamar de Direito Penal Econômico teria surgido ao longo do século XX, mais especificamente a partir das mudanças sociais decorrentes do período Pós-Primeira Guerra Mundial, crise de 1929, e, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial (JAPIASSÚ, 199, p. 6).” (JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PEREIRA, Daniel Queiroz. *Direito penal econômico tributário: uma análise histórica e comparada*. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 250).

<sup>9</sup> “Na criminologia, em particular, o ponto de viragem foram os trabalhos de Edwin H. Sutherland, abaixo pormenorizados e elaborados a partir da famosa conferência proferida na Sociedade Americana de Sociologia (1939) e da publicação do livro *White-Collar Crime* (1949) (Virgolini, 1989, p. 353). Para a Dogmática Penal, o marco decisivo foi o VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, em Roma (1953), quando não somente a delinquência econômica, mas também a disciplina Direito Penal Econômico foram reconhecidas - ainda que com certa ambiguidade - com *status* normativo. Por sua vez, para a Política Criminal, merece destaque a realização do Congresso de Juristas Alemães (1972), cujas conclusões, preparadas e inspiradas por Klaus Tiedemann, foram levadas adiante pelos trabalhos de comissões de especialistas, materializando-se em leis destinadas a combater a delinquência econômica, tanto na Alemanha como em outros países (Schünemann, 2002, p. 186).” (SOUZA, 2011, p. 107-108).

<sup>10</sup> Exemplificativamente podem ser citadas as seguintes leis: Lei nº 1.521/1951 *dispõe sobre crimes contra a economia popular*; Lei 4.595/1964 *dispõe sobre o sistema financeiro nacional*; Lei nº 7.492/1986 *dispõe sobre crimes contra o sistema financeiro nacional*; Lei nº 8.078/1990 *dispõe sobre as relações de consumo*; Lei nº 8.137/1990 *dispõe sobre crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e relações de consumo*; Lei nº 8.176/1991 *dispõe sobre crimes contra a ordem econômica e o estoque de combustíveis*; Lei nº 8.666/1993, *institui normas para licitações e contratos da Administração Pública*; Lei nº 9.279/1996 *dispõe sobre crimes contra a propriedade industrial*, Lei nº 9.605/1998 *dispõe sobre crimes contra o meio ambiente*; Lei nº

diretamente bens jurídicos coletivos como também aqueles praticados no âmbito empresarial com afetação de bens jurídicos individuais.

O interesse pelo assunto, em razão do desenvolvimento da economia, fez com que a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) dedicasse parte de dois Congressos sobre a matéria; o primeiro em Roma (1953)<sup>11</sup> e o segundo no Cairo (1984)<sup>12</sup>, fortalecendo as bases teóricas para o aperfeiçoamento do estudo nessa área.<sup>13</sup>

Por certo, o aumento de leis penais no âmbito econômico desperta a atenção para a criminalidade empresarial e, na busca pela tutela dos bens jurídicos, deve-se averiguar quais condutas são as que oferecem maiores riscos ao que o ordenamento jurídico busca defender.

Ao passo em que se aumentou a produção legislativa na área empresarial, não há como se mensurar o aumento da criminalidade econômica.<sup>14</sup> Não há estatísticas fidedignas que demonstrem o grau de incidência em tipos penais nessa área. Algumas explicações podem ser fornecidas. Assim como ocorre em relação aos delitos do Direito Penal clássico, há uma *cifra*

---

9.609/1998 *dispõe sobre crimes de Propriedade Intelectual em Informática*; Lei nº 9.613/1998 *dispõe sobre a Lavagem de Dinheiro, com alteração da pela Lei nº 12.813/2013*; Lei nº 9.983/2000 *alterou a legislação penal para dispor sobre a apropriação indébita previdenciária (Artigo 168-A do Código Penal) e a sonegação previdenciária (Artigo 337-A do Código Penal) dentre outros delitos*; Lei Complementar 105/2001, *dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras*; Lei nº 10.303/2001 *previu a tipificação de crimes contra o mercado de capitais, alterando a Lei nº 6.385/1976*; Lei nº 11.101/2005 *dispõe sobre crimes falimentares*; Lei 12.850/2013 *dispõe sobre organizações criminosas*, entre outros.

<sup>11</sup> INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PENAL LAW. IAPL. Section III: Social economic penal law. Resolutions of the Congress of The International Association of Penal Law (1926-2014). International Review of Penal Law. 2015, p. 274-276. Disponível em: <<http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20EN.pdf>> Acesso em: 10 set. 2016.

<sup>12</sup> INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PENAL LAW. IAPL. Section II: Concept and principles of economic and business criminal law, including consumer protection. Resolutions of the Congress of The International Association of Penal Law (1926-2014). International Review of Penal Law. 2015, p. 338-340. Disponível em: <<http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20EN.pdf>> Acesso em: 10 set. 2016.

<sup>13</sup> “A Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) dedicou dois Congressos ao estudo da matéria (Roma, 1953, e Cairo, 1984), evidenciando o esforço dos penalistas em sistematizar a doutrina, desenvolvê-la e universalizá-la. Foi o décimo terceiro Congresso da AIDP (Cairo, 1984), porém, que fortaleceu mais as bases teóricas para o desenvolvimento dos estudos e da legislação penal econômica.

Os participantes do Congresso reuniram-se antes em seus países de origem e produziram trabalhos preparatórios para o conclave, coligindo o conhecimento acumulado e noticiando suas experiências legislativas, oferecendo, com isso, o material do qual se extraiu o conteúdo para a formulação das 19 recomendações, que se constituem a síntese do direito penal econômico até então conhecido.

O impulso dado pela AIDP é de valor inestimável. Vários países incrementaram suas legislações a partir daquela data e o interesse pela matéria disseminou-se pelo mundo.” (KALACHE, Maurício. Direito penal econômico. In: PRADO, Luiz Régis (Coord.). Direito penal contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007, p. 392).

<sup>14</sup> “Ya por insuficiencias detectables en el proceso de criminalización primaria, ya por los obstáculos de persecución y procesales, ya sea por otras causas que hay que buscar allende los contornos del sistema penal, la cifra negra es, en este ámbito, de reconocida importancia. Y la observación es generalizable a otros países, tal como han podido constatar sucesivas investigaciones en Francia, Estados Unidos o Alemania.

En Francia, concretamente, se estima que la delincuencia de empresa supone una parte mínima de los contenciosos sometidos al juez penal: un 7% del conjunto de las condenas; porcentaje exiguo sobre todo si se tiene en cuenta que incluye formas de comportamiento muy heterogéneas y que van desde el banal cheque sin fondos para pagar la factura del restaurante hasta el fraude organizado por la gran empresa multinacional.” (TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho penal de la empresa. Madrid: Trotta, 1995, p. 28).

*negra* para os delitos do colarinho branco, também conhecida como *cifra dourada*. Mesmo que existam investigações, há alguns fatores que impedem o processamento e a condenação em crimes empresariais. Cita-se a hipótese da necessidade de constituição de crédito tributário<sup>15</sup> para o reconhecimento da tipicidade, bem como leis que concedem benefícios de suspensão da pretensão punitiva e da respectiva extinção da punibilidade.<sup>16</sup> No direito norte-americano há ainda o fato de se utilizar, com muita frequência, método de justiça criminal consensual fundado no *plea bargain*.<sup>17</sup>

Não obstante isso, o cotidiano forense e os veículos de comunicação demonstram que esses estudos focados em delitos empresariais são necessários. Vários escândalos corporativos vêm sendo colecionados ao longo dos anos, com impactos destrutivos que são absorvidos por toda a sociedade.

## 1.1 Casos de criminalidade empresarial

Neste trabalho se tem a oportunidade de citar alguns casos que despertaram a atenção da mídia em tempos recentes. Por certo, inúmeros outros poderiam ser mencionados<sup>18</sup>, mas a seletividade exemplificativa tem por função ilustrar diversas infrações penais que ocorreram, tendo como eixo a sociedade empresarial, o objetivo de lucro e a atuação paralela ao estado de legalidade. São eles, em ordem de acontecimento: o escândalo financeiro da *Enron* em 2000 e

<sup>15</sup> Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal:

“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

<sup>16</sup> Artigo 69 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009:

“Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.”

<sup>17</sup> Problemas com dados também foram encontrados por Brandon Garret. “This book began with a problem: I wondered what happens to companies that are prosecuted, but there was no good source for data on corporate prosecutions. While the U.S. Sentencing Commission keeps data on prosecutions of organizations, those data were incomplete, and the problem was growing worse, since prosecutors had started to enter into more deferred prosecution and non-prosecution agreements that were not being tracked by commission or anyone else.” (GARRET, Brandon L. *Too big to jail*. How prosecutors compromise with corporations. Cambridge: Harvard University Press, 2014, p. 263).

<sup>18</sup> Segundo Ana Paula Paulino da Costa, vários escândalos provocados por fraudes corporativas no Brasil resultaram em uma grande quantidade de lesados à espera de soluções em processos judiciais. Há uma lista de fraudes corporativas no Brasil iniciados na década de 1990, que serviu de base para seu estudo. Dividiu esses casos no setor bancário (Banco Econômico (1995) - US 1 bilhão - Banco Nacional (1995) - R\$ 9,2 bilhões - Banco Noroeste (1998) - US\$ 242 milhões - Banco Santos S.A. (2004) - R\$ 2,5 bilhões -) setor de agronegócios (Gallus (1998) - R\$ 22 milhões - Boi Gordo (2001) - R\$ 2,9 bilhões - Avestruz Master (2004) - R\$ 1,2 bilhões -) setor da construção civil (Encol S.A. (1999) - R\$ 2,5 bilhões) e setor da moda (Daslu (2005) - de R\$ 600 a R\$ 1 bilhão). (COSTA, Ana Paula Paulino da. *Casos de fraudes corporativas financeiras*: antecedentes, recursos substantivos e simbólicos relacionados. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2011. 176 p. Tese (Doutorado). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 14).

2001, a Ação Penal nº 470, conhecida vulgarmente como “mensalão”, na qual foram julgados fatos relativos ao esquema de compra de votos de parlamentares a partir de 2003, a adulteração de testes de poluentes pela *Wolkswagen*, com início em 2009, mas descoberto apenas em 2015, e, por fim, o desastre ambiental em Mariana, em 2015, com o vazamento de resíduos tóxicos da barragem de propriedade da Samarco.

Na primeira história, o caso da *Enron* ficou famoso mundialmente em razão da falência da referida companhia energética sediada em Houston, Estados Unidos. A *Enron* era uma das companhias de distribuição de energia (eletricidade e gás natural) e de comunicações com faturamento que chegou a ser de 101 (*cento e um*) bilhões de dólares em 2000, pouco antes de declarar a sua própria falência. Essa trágica façanha somente aconteceu porque, na realidade, dirigentes da empresa fraudaram balancetes contábeis, se utilizando de complexa rede de empresas de fachada para as quais eram transferidos os prejuízos da *Enron*. Assim, apresentava-se ao público uma empresa lucrativa, atraindo a atenção de compradores de ações. No entanto, após a apresentação da realidade contábil ao público investidor, os papéis da companhia se desvalorizaram. Mesmo sabendo da inconsistência de dados, os responsáveis pelas fraudes continuaram a negociar as ações no mercado financeiro. A *Enron*, ao fraudar balancetes fiscais, contou com o auxílio de um dos maiores escritórios de contabilidade do mundo na época, a *Arthur Andersen*. Com essa investigação sobre a *Enron*, a *Arthur Andersen* também foi processada criminalmente.<sup>1920</sup>

---

<sup>19</sup> “O que vimos no caso Enron foi a falência daquela que foi a sétima maior corporação americana em 2000, com uma festejada receita de US\$ 101 bilhões, mais que o dobro de seu resultado em 1999. Ocorre que a empresa vinha sustentando esta excepcional aparente saúde financeira por meio de frequentes manobras contábeis que ocultavam seus prejuízos e impulsionavam o crescimento acelerado do valor de suas ações, além de facilitarem seu acesso a crédito para novos investimentos.

Tais práticas contábeis pouco ortodoxas começaram a ser reveladas no final de 2001 e a Securities and Exchange Commission (SEC - de função paralela à nossa CVM) abriu uma investigação sobre o caso. Em outubro daquele ano, a Enron anunciou prejuízos de US\$ 368 milhões no terceiro trimestre e o valor do seu *stock* (o total de suas ações) recuou US\$ 1,2 bilhões. Em novembro, a empresa anunciou que havia superestimado receitas nos últimos quatro anos em US\$ 586 milhões e que era responsável por US\$ 3 bilhões em obrigações em razão de várias parcerias que havia estabelecido. No mesmo mês, a Enron se tornou o maior caso de fraude contábil da história, que escondia prejuízos próximos a US\$ 1,23 bilhões em quatro anos - 1997, 1998, 1999 e 2000.

Há indícios de que os executivos da Enron e de sua empresa de auditoria, Arthur Andersen, teriam sido alertados sobre problemas no início de 2001. Além disso, curiosamente, nos três anos anteriores ao colapso da empresa - justamente aqueles anos de maior crescimento da Enron - seus executivos e diretores se desfizeram do equivalente a US\$ 1 bilhão em ações da empresa que lhes pertenciam.

A repercussão de um delito dessa dimensão extrapola o conceito clássico do limite territorial da prática delitiva, na medida em que implica em um resultado lesivo muito mais abrangente. O impacto produzido pelos acontecimentos repercutiu nas mais diversas áreas socioeconômicas. Milhares de funcionários da empresa estão desempregados e tiveram seus fundos previdenciários praticamente zerados, uma vez que a Enron os obrigava a investir 60% de seu valor em ações da própria empresa. As perdas dos investidores foram bastantes expressivas já que as ações perderam quase a totalidade do valor. Bilhões de dólares do *stock* simplesmente foram apagados e as ações da Enron deixaram de ser negociadas na bolsa de valores - New York Stock Exchange (NYSE). A Arthur Andersen, com a reputação severamente abalada, começava a enfrentar apenas o início de uma longa

Em razão desse escândalo corporativo, assim como também devido a outros que acontecerem no mesmo período, foi promulgada a lei Sarbanes-Oxley (*Sarbanes-Oxley Act*), em 2002,<sup>2122</sup> com o objetivo de aumentar a segurança corporativa.<sup>23</sup>

---

série de problemas. A desconfiança instaurou-se no mercado financeiro em relação a um sem número de empresas.” (ROYSEN, 2011, p. 546-547).

<sup>20</sup> “A bright spot in the late 1990s was the growing Enron engagement team, as the group doing Enron work was called. At the trial, Duncan said Enron was a “very big” client. How big? It generated somewhere between \$50 to \$55 million in fees each year, an amount that rose annually, reaching \$58 million in 2000. Under Duncan’s leadership, about a hundred employees worked full-time on Enron matters, including on-site at Enron’s offices. Their approach was unusual, since Andersen did not only audits of Enron’s financial statements, but also “integrated audits,” which gave opinions on Enron’s compliance and internal controls. They hoped this would be a model for consulting work with other corporate clients.

Ultimately, the close relationship between Enron and Andersen became a liability rather than an asset. On August 14, 2001, Jeffrey Skilling, Enron’s CEO, suddenly resigned, as it became clear that Enron’s supposedly vast assets were a house of cards. The value of Enron’s stock was falling, and an Enron accountant who used to work for Andersen warned of a “wave of accounting scandals.” That whistle-blower to Enron CEO Kenneth Lay that there was a serious problem with the way Enron reported its finances. This development had to be taken seriously by Andersen as well, since the firm had been reviewing Enron’s books for years. On August 28, the *Wall Street Journal* reported on possible misconduct at Enron, and the SEC announced an informal inquiry. Andersen began its own internal investigation and realized that, among other problems, there had been an outright error. This led Enron to admit that its earnings were \$1.2 billion lower than reported - a major announcement known as a “restatement.” A restatement can damage the reputation of a company, and under securities laws, shareholders can sue for being misled by inaccurate financial statements. Indeed, lawsuits were imminent.

Enron had reported profits that did not exist and kept losses off its balance sheet using complex entities. One was called Chewco, a shell corporation name after Chewbacca, the big furry sidekick from the movie *Star Wars*. As a shell, Chewco did not do its own business or have employees or operations. Instead it was used to hide losses occurring in another Enron company, named Joint Energy Development Investment Limited, or JEDI, after the set of *Star Wars* characters. Despite the whimsical names of these shell companies, their consequences were serious.

In October 2001, Enron issued an earnings report suggesting that these were one-time-only problems. Duncan responded with a memo stating that this was misleading and that Enron should correct its reports. Andersen decided to ignore Duncan’s advice. At the time, one of Andersen’s lawyers in the main Chicago office, Nancy Temple, wrote an email to an outside lawyer suggesting edits to tone down Duncan’s memo so that it would not look as though Andersen “had a responsibility to follow up.” She also asked that her name be deleted from the memo, along with any “reference to consultation with the legal group.” Those edits came back to haunt Andersen.” (GARRET, Brandon L. *Too big to jail*. How prosecutors compromise with corporations. Cambridge: Harvard University Press, 2014, p. 23-24).

<sup>21</sup> A Lei Sarbanes-Oxley (Sarbanes-Oxley Act, normalmente abreviada em SOx ou Sarbox) é uma lei dos Estados Unidos criada em 30 de julho de 2002 por iniciativa do senador Paul Sarbanes (Democrata) e do deputado Michael Oxley (Republicano). Segundo a maioria dos analistas esta lei representa a maior reforma do mercado de capitais americano desde a introdução de sua regulamentação, logo após a crise financeira de 1929. (PORTAL DE AUDITORIA. Introdução à Lei Sarbanes-Oxley. Disponível em: <<http://www.portaldeauditoria.com.br/auditoria-interna/Introducao-a-lei-Sarbanes-Oxley-SOx.asp>> Acesso em: 11 ago. 2016).

<sup>22</sup> ROYSEN, *Op. cit.*, p. 555-560.

<sup>23</sup> ““The Sarbanes Oxley Act” de Julho de 2002, preparada e votada no rescaldo dos escândalos da Enron e da Worldcom, tem sido referida no vasto mundo das empresas como “a new beginning”. Tem por objecto, em várias das suas perspectivas, a necessária “accountability” de todos quantos interferem com o processo de formação do capital da empresa - administradores, dirigentes, auditores, revisores de contas, conselhos fiscais - e estão em condições de, ou têm o dever de, aceder, organizar, fiscalizar, auditar ou certificar a suficiência, adequação e veracidade das informações inerentes à actividade ou situação de uma empresa ou grupo. A lei aplica-se a um vasto espectro de empresas e a um significativo elenco de actividades. Deve ser dado à expressão emitente (“issuer”) uma compleição abrangente, bem mais ampla do que a situação de “empresa emitente”, como vulgarmente referenciada nos acervos normativos dos mercados de capitais. Respeitará a todas as empresas que divulguem ou devam divulgar informação que seja susceptível de criar uma expectativa e determinar a tomada de um risco por terceiros. Dificilmente qualquer empresa americana de médio porte deixará

A importância desse caso supera a simples fiscalização de balancetes contábeis; diz respeito à adequada governança corporativa. Não se trata somente de sistemas de incentivos inadequados, mas também a seleção de pessoas incapazes de ocupar determinados cargos, os quais possuem, em situações reais, o poder de determinar que se faça ou se deixe de fazer algo. Nessa quadra, a responsabilidade em organismos corporativos exige acurada identificação das pessoas envolvidas, pois, a depender de sua estrutura, a existência de práticas criminosas conta com auxílios de auditores, de instituições financeiras e de consultores.

Na segunda história, a Ação Penal nº 470 ficou conhecida como “mensalão” e tratou de analisar condutas de políticos e de pessoas dos setores empresariais na corrupção política de compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional, que teria ocorrido a partir do ano de 2003.

Segundo foi apurado, para operacionalizar a compra de voto de parlamentares, houve a criação de três núcleos, denominados *núcleo político*, *núcleo operacional* e *núcleo financeiro*. No primeiro núcleo estavam, entre outros, o então Ministro da Casa Civil, o presidente do Partido Político do Governo, o tesoureiro e o secretário-geral do mesmo partido. No núcleo operacional estava um empresário, dono de agência de publicidade, o qual possuía contratos com Governo Federal e foi condenado por usar suas empresas. Esse empresário contava com o auxílio de sócios e de funcionários para desviar recursos dos cofres públicos para políticos indicados pelo Governo. No núcleo financeiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu que uma instituição financeira ofereceu suporte ao esquema de desvio de dinheiro público ao permitir que políticos sacassem dinheiro sem se identificarem, bem como permitiu a transferência de parte dos recursos para o exterior, sem atendimento às normas de *compliance*.<sup>242526</sup>

---

de ser abrangida.” (CALDAS, Luís Felipe. Território e espaço em direito penal econômico - Novos temas e novos azimutes. In: COSTA, José de Faria (Coord.) Temas de direito penal econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 120-121).

<sup>24</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. O julgamento do mensalão. Disponível em:

<[http://www1.folha.uol.com.br/especial/2012/ojulgamentodomensalao/ojulgamento/o\\_esquema.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/especial/2012/ojulgamentodomensalao/ojulgamento/o_esquema.shtml)> Acesso em: 11 ago. 2016.

<sup>25</sup> “Iniciada, em 30.03.2006, com denúncia oferecida pelo, à época, Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza, a AP n 470, vulgarmente conhecida como “Caso Mensalão”, imputou a 40 pessoas o envolvimento em um “esquema de compra de votos de parlamentares” havido no primeiro mandato do então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva. Os crimes constantes da acusação foram formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, gestão fraudulenta e evasão de divisas. Em novembro de 2007, o STF recebeu a denúncia e instaurou processo contra os envolvidos naquele esquema. Decorridos quatro meses e meio de intensos debates, a Corte, por maioria de votos, condenou 25 dos 40 réus, fixando-lhes penas de diversas espécies e quantidades, conforme o grau de participação dos concorrentes, além de deliberar pela perda do mandato de três deputados federais condenados no processo.” (SOUZA, Artur de

O julgamento desse caso pelo Supremo Tribunal Federal despertou a atenção de juristas em relação à “Teoria do Domínio do Fato”, e com a decisão vieram as respectivas críticas.<sup>27</sup>

A citada ação penal, além de servir de exemplo para o debate a respeito da referida teoria, demonstra o quão intrincada é a relação entre assuntos econômicos e políticos, demandando por critérios técnicos, mas que sejam simples e harmônicos no que tange à responsabilidade penal. Sobre isso, Luigi Foffani relaciona a estabilização e a permanência de condutas ilícitas, situação que pode se potencializar nas corporações com assuntos financeiros.<sup>28</sup>

Na terceira história, um escândalo de grandes proporções envolvendo a fabricante automobilística *Volkswagen* veio à tona no ano de 2015, embora se cogite que a fraude vinha sendo perpetrada desde 2009. No dia 18 de setembro de 2015, o Governo dos Estados Unidos da América (EUA) acusou a *Volkswagen* de fraudar resultados em testes de poluentes em

Brito Gueiros. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 21, n. 105, p. 86-87, nov./dez., 2013).

<sup>26</sup> SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 23, n. 117, nov./dez., 2015.

<sup>27</sup> (1) GRECO, Luís et al. *Autoria como domínio do fato*. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. (2) ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo, Saraiva, 2014. (3) OLIVEIRA, Bruno Queiroz; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *A Aplicação da teoria do domínio do fato ao núcleo financeiro do caso “mensalão”*: Análise à luz do princípio da presunção do estado de inocência. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; SOUZA, Cláudio Macedo (Coord.). *Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 225-244. (4) BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Aplicação da teoria do domínio dos fatos na AP 470, 2013*. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>>. Acesso em 14 jul. 2015. (5) SANTOS, *Op. cit.*, p. 130-134.

<sup>28</sup> “En cualquier caso, a pesar de estar delimitado por esta unilateralidad científica, el tema de las relaciones entre la criminalidad organizada y la criminalidad económica admite diversas claves de lectura:

1) La primera toma como punto de partida la constatación de una “ósmosis substancial entre estos dos fenómenos, en el sentido de que la criminalidad organizada es por naturaleza “económica” y de que la criminalidad económica es cada vez más organizada. En la literatura criminológica de los Estados Unidos, y como reflejo de ésta, también en la discusión europea (especialmente en los países germano parlantes), el concepto de criminalidad organizada viene empleado frecuentemente como sinónimo de “enterprise crime”, considerando así la búsqueda del lucro indebido como característica esencial de cualquier actividad delictiva organizada.

Sin embargo, esta afirmación es poco selectiva: no tiene en cuenta que en determinadas realidades sociales y nacionales existen una serie de estructuras organizadas ilícitas que preexisten a (y prescinden de) la influencia que ejercen sobre las actividades económicas; por otra parte, parece ignorar también la criminalidad económica conforma un universo extremadamente vario: abarca desde formas de criminalidad *en la empresa* (que pueden asumir connotaciones exquisitamente individuales) pasando por las más complejas formas de *criminalidad de empresa* (entendiendo por tal la inserción de conductas ilícitas en el contexto de una actividad y de una política de empresa por lo demás lícita), hasta el más grave fenómeno de la empresa lícita), hasta el más grave fenómeno de la *empresa ilícita* (entendida como empresa heterodirigida por una estructura criminal a ella sometida).

2) Para evitar excesivas generalizaciones parece más útil tomar como punto de partida el concepto más restringido de criminalidad organizada, intentando individualizar de aquellas posibles interferencias de ésta con el mundo de la economía que (potencialmente o de hecho) sean susceptibles de tener relevancia penal.”

(FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad económica. *Revista Penal*. Salamanca, n. 7, p. 56-57, 2001).

500.000 (*quinhentos mil*) veículos vendidos naquele país. Dentre esses veículos foram citadas as versões TDI dos carros *Golf, Jetta, Beetle* e *Audi A3*, produzidas entre 2009 e 2015, além de *Passats* fabricados entre 2014 e 2015. Após os noticiários divulgarem essa informação, e com o início das especulações, a *Volkswagen* finalmente admitiu que 11.000.000 (*onze milhões*) de veículos movidos a *diesel*, em modelos de várias marcas pertencentes ao grupo, foram adulterados.<sup>29</sup>

A fraude consistia em utilizar um mecanismo instalado nos carros equipados com um motor a diesel do tipo *EA 189*. A Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (EPA) concluiu que o *software* reconhecia quando o veículo estava sob inspeção técnica, alterava o funcionamento do motor para o modo de economia e injetava produtos químicos para reduzir as emissões de gases tóxicos. Dessa forma, os resultados das vistorias apresentavam emissões que se adequariam às normas ambientais. Contudo, em condições normais de condução, a emissão seria até 40 (*quarenta*) vezes maior do que a legislação norte-americana permite.<sup>30</sup>

Essa notícia repercutiu no Brasil, fazendo com que a autarquia federal ambiental tomasse as medidas cabíveis. A *Volkswagen* do Brasil foi autuada pelo IBAMA em R\$ 50.000.000,00 (*cinquenta milhões de reais*) sob o argumento de que a empresa teria modificado um dispositivo veicular com o objetivo de burlar limites e exigências ambientais previstas na legislação. O valor de R\$ 50.000.000,00 (*cinquenta milhões*) é o máximo previsto para esta conduta infracional na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998)<sup>31</sup>.

A empresa foi notificada, inclusive, para apresentar plano de correção dos veículos alterados e comercializados para que atendessem aos parâmetros de emissão exigidos pelas normas brasileiras. Foi informado que o *recall* seria voltado exclusivamente para a correção do dispositivo adulterado e não afetaria o desempenho dos motores. Por carta a *Volkswagen* reconheceu que veículos *Amarok*, ano/modelo 2011 (todo o lote) e 2012 (parte do lote), a *diesel*, comercializados no mercado brasileiro, apresentariam o mesmo item encontrado nos Estados Unidos da América (EUA). No total, 17.057 (*dezessete mil e cinquenta e sete*) veículos *Amarok* continham o *software* que poderia otimizar os resultados de óxidos de

<sup>29</sup> O caso tem sido mencionado na mídia internacional como *Dieselpgate*, em referência ao caso *Watergate*, grande escândalo da história política dos Estados Unidos. Disponível em: <<http://www.ecycle.com.br/component/content/article/38-no-mundo/3813-entenda-por-que-o-escandalo-da-volkswagen-e-um-problema-de-saude-publica-mundial.html>> Acesso em 11 ago. 2016.

<sup>30</sup> CHIAPETTA, Marina Santos. Entenda por que o escândalo da Volkswagen é um problema mundial de saúde pública. Disponível em: <<http://www.ecycle.com.br/component/content/article/38-no-mundo/3813-entenda-por-que-o-escandalo-da-volkswagen-e-um-problema-de-saude-publica-mundial.html>> Acesso em 11 set. 2016.

<sup>31</sup> Artigo 61 do Decreto 6.514/2008 que regulamenta a Lei n. 9.605/1998:

“Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da biodiversidade. Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).”

nitrogênio (NOx) durante os testes laboratoriais de homologação, e, portanto, deveriam passar por *recall*.<sup>32</sup>

No âmbito judicial, a empresa foi demandada pelos proprietários dos veículos e por revendedores em várias ações, na maioria dos Estados Federados dos Estados Unidos da América. Alega-se que os proprietários pagaram preço *premium* pelos veículos por serem menos poluentes.<sup>33</sup> Em razão das investigações, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos ajuizou ação cível contra a *Volkswagem*, alegando quatro violações do *Clean Air Act*.<sup>34</sup> A estimativa do acordo estava em US\$ 15.000.000.000,00 (*quinze bilhões de dólares*), além de multa de US\$ 2.700.000,00 (*dois bilhões e setecentos mil dólares*) a agências governamentais.<sup>3536</sup>

O caso em questão se refere a um problema de criminalidade econômica, com afetação, ao mesmo tempo, ao meio ambiente e às relações de consumo. No entanto, desperta interesse a averiguação da responsabilidade no seio do Conselho de Administração ou da Diretoria, organismos que trabalham em nível estratégico. Diferentemente da criminalidade do Direito Penal nuclear, o Direito Penal Econômico, com ênfase no Direito Penal Empresarial, não raramente envolve grupo de pessoas, as quais podem ocupar graus distintos na hierarquia corporativa, ou podem estar no mesmo nível deliberativo. Diante da relevância do impacto causado no meio ambiente e nas relações de consumo, questiona-se também qual seria a responsabilidade daqueles que, no mesmo nível hierárquico, poderiam agir, mas permaneceram omissos.

A quarta história retrata o maior desastre ambiental do Brasil. No dia 5 de novembro de 2015 ocorreu o pior acidente de mineração no Município de Mariana, em Minas Gerais. A tragédia ocorreu após o rompimento de uma barragem (fundão) da mineradora Samarco, que é controlada pela Vale e pela BHP Biliton. O rompimento da barragem provocou uma enxurrada de lama que devastou o distrito de Bento Rodrigues, deixando um rastro de

<sup>32</sup> IBAMA. Ibama multa Volkswagen do Brasil em R\$ 50 milhões por fraude. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/publicadas/ibama-multa-volkswagen-do-brasil-em-r-50-milhoes-por-fraude>> Acesso em: 11 set. 2016.

<sup>33</sup> MELO, João Ozorio de. Volkswagen enfrenta enxurrada de ações coletivas nos EUA. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-07/eua-volkswagen-enfrenta-enxurrada-aco-es-coletivas-eua>> Acesso em: 11 set. 2016.

<sup>34</sup> DEPARTMENT OF JUSTICE. The United States. *Office of public affairs*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-spend-147-billion-settle-allegations-cheating-emissions-tests-and-deceiving>> Acesso em: 11 set. 2016.

<sup>35</sup> VALOR ECONÔMICO. Volkswagen sobe para US\$ 15 bi valor para encerrar ação sobre emissões. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4615803/volkswagen-sobe-para-us-15-bi-valor-para-encerrar-acao-sobre-emissoes>> Acesso em: 11 set. 2016.

<sup>36</sup> TABUCHI, Hiroko. EWING, Jack. Volkswagen to pay \$14.7 billion to settle diesel claims in U.S.. *Business day*. *The New York Times*. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2016/06/28/business/volkswagen-settlement-diesel-scandal.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/06/28/business/volkswagen-settlement-diesel-scandal.html?_r=0)> Acesso em: 11 set. 2016.

destruição à medida que avançou pelo Rio Doce, desembocando no Oceano Atlântico, no Espírito Santo.<sup>3738</sup>

A Samarco Mineração S.A., fundada em 1977 é uma empresa brasileira de mineração, de capital fechado, controlada em partes iguais por dois acionistas: BHP Billiton Brasil Ltda. e Vale S.A., e o principal produto são pelotas de minério de ferro comercializadas para a indústria siderúrgica mundial, com exportação para 19 (*dezenove*) países das Américas, do Oriente Médio, da Ásia e da Europa.<sup>39</sup> Sucessivamente, a Samarco vinha obtendo lucros bilionários<sup>40</sup>. Não obstante a pujança econômica, há sérios indícios de que a empresa não teria adotado as precauções necessárias para que se evitasse o rompimento da barragem. Os responsáveis pelo gerenciamento de risco teriam deixado de atender, adequada e tempestivamente, as determinações dos órgãos ambientais, além de impedirem e dificultarem a atuação dos órgãos fiscalizadores.<sup>41</sup> Com isso, após o Superior Tribunal de Justiça (STJ)

<sup>37</sup> GONÇALVES, Eduardo. FUSCO, Nicole. VESPA, Talyta. Tragédia em Mariana. Para que não se repita. Veja. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/acidente-mariana-mg-seus-impactos-ambientais.htm>> Acesso em 11 set. 2016.

<sup>38</sup> “Na tarde do dia 5 de novembro, o rompimento da barragem do Fundão, localizada na cidade histórica de Mariana (MG), foi responsável pelo lançamento no meio ambiente de 34 milhões de m<sup>3</sup> de lama, resultantes da produção de minério de ferro pela mineradora Samarco, empresa controlada pela Vale e pela britânica BHP Billiton.

Seiscentos e sessenta e três quilômetros de rios e córregos foram atingidos; 1.469 hectares de vegetação, comprometidos; 207 de 251 edificações acabaram soterradas apenas no distrito de Bento Rodrigues. Esses são apenas alguns números do impacto, ainda por ser calculado, do desastre, já considerado a maior catástrofe ambiental da história do país.

A enxurrada de rejeitos rapidamente se espalhou pela região, deixou mais de 600 famílias desabrigadas e chegou até os córregos próximos. Até o momento, foram confirmadas as mortes de 17 pessoas.

Em questão de horas, a lama chegou ao rio Doce, cuja bacia é a maior da região Sudeste do País - a área total de 82.646 quilômetros quadrados é equivalente a duas vezes o Estado do Rio de Janeiro.

O aumento da turbidez da água, e não uma suposta contaminação, provocou a morte de milhares de peixes e outros animais. De acordo com o Ibama, das mais de 80 espécies de peixes apontadas como nativas antes da tragédia, 11 são classificadas como ameaçadas de extinção e 12 existiam apenas lá.

O fornecimento de água para os moradores de cidades abastecidas pelos rios da região, como Governador Valadares, em Minas Gerais, teve que ser temporariamente interrompido, sendo retomado dias depois, quando laudos de órgãos técnicos do governo descartaram a contaminação da água por materiais tóxicos.

A lama avançou pelo rio com grande velocidade, chegando ao Espírito Santo em menos de cinco dias. No dia 21, alcançou o mar em Linhares - blocos de contenção foram posicionados na foz do rio para controlar o impacto ambiental da chegada da lama ao mar.” (BRASIL. Entenda o acidente de Mariana e suas consequências para o meio ambiente. Portal Brasil. Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/entenda-o-acidente-de-mariana-e-suas-consequencias-para-o-meio-ambiente>> Acesso em 12 ago. 2016).

<sup>39</sup> SAMARCO. Disponível em: <<http://www.samarco.com/institucional/a-empresa/>> Acesso em 11 set. 2016.

<sup>40</sup> EXAME. Disponível em: <<http://mm.exame.abril.com.br/empresas/perfil/2014/samarco>> Acesso em 11 set. 2016.

<sup>41</sup> “Segundo foi apurado, no dia 5 de novembro, às 17h, o gerente geral de Meio Ambiente e Licenciamento da Mina Germano comunicou à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad) o rompimento da barragem de Fundão. No mesmo dia, por volta das 21h, técnicos do Núcleo de Emergência Ambiental (NEA) e da Fundação Estadual do Meio Ambiente (Feam) foram ao local verificar as circunstâncias do rompimento, a extensão dos danos e as medidas emergenciais necessárias para mitigar os impactos socioambientais.

Foram recebidos pelo coordenador de Meio Ambiente, pelo coordenador técnico de Planejamento e Monitoramento e pela gerente de Geotecnia de Barragens, que prestaram as informações iniciais sobre a ruptura

entender que a competência para julgar o assunto era da Justiça Federal<sup>42,43</sup>, o Ministério Público Federal (MPF) denunciou 22 (*vinte e duas*) pessoas e 4 (*quatro*) empresas (*pessoas jurídicas*) por infringência a diversos dispositivos penais, entre eles a legislação ambiental e tipos penais previstos no Código Penal. Quase todas as pessoas físicas foram denunciadas como incidentes no artigo 13, §2º, alínea *a*, do Código Penal (CP)<sup>44</sup>, inclusive pela prática de homicídio.<sup>45</sup>

---

e o monitoramento das estruturas remanescentes. No dia seguinte, os técnicos realizaram vistoria nas barragens. Nas duas ocasiões foram solicitados documentos. Ao final da vistoria foi lavrado auto de fiscalização determinando a suspensão imediata das atividades do complexo minerário, autorizando apenas a adoção de medidas emergenciais necessárias para a contenção de novos danos.

No dia 9 de novembro, o NEA exigiu informações do gerente de Segurança do Trabalho, subordinado ao gerente geral de Saúde e Segurança, acerca da segurança da população à jusante da barragem, especialmente sobre o Plano de Alerta, determinando ainda que fossem realizadas simulações de evacuação com as comunidades. Na mesma data o gerente geral de Projetos Estruturantes prestou esclarecimentos sobre os riscos de novos rompimentos nas estruturas remanescentes.

No dia 15 de novembro, a Feam entregou ao gerente de Desenvolvimento Ambiental e Licenciamento auto de fiscalização reiterando a imprescindibilidade da documentação solicitada anteriormente. Entretanto, de acordo com a denúncia, apesar da urgência das providências requeridas e do risco iminente de outros danos graves e irreversíveis os denunciados deixaram de atender adequada e tempestivamente as determinações dos órgãos ambientais.

Nos dias 16 e 17 de janeiro, mesmo com a intensa movimentação de lama e o rompimento do Dique 2 no complexo de barragens, os acusados deixaram de executar o procedimento de emergência e acionar os alertas necessários. De acordo com a denúncia, o ocorrido também não foi informado aos órgãos competentes, ao contrário, os denunciados se preocuparam em esconder as imagens das câmeras, buscando se furtar da responsabilização e minimizar a exposição negativa do nome da empresa

No dia 27 de janeiro, foi identificada outra movimentação de lama, tendo sido emitido alerta amarelo e determinada a evacuação da área, o que também não foi comunicado aos órgãos ambientais. Em 15 de fevereiro, funcionários do setor de Operações e Infraestrutura impediram e dificultaram a atuação de órgãos fiscalizadores. Para o MPMG, os funcionários denunciados tinham pleno conhecimento, mas omitiram-se quanto ao seu dever de adotar as medidas de precaução necessárias em razão do risco ambiental decorrente da situação de fragilidade das estruturas remanescentes.” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. MPMG denuncia a Samarco Mineração e 14 funcionários da empresa por crime ambiental. Disponível em:

<<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-denuncia-a-samarco-mineracao-e-14-funcionarios-da-empresa-por-crime-ambiental.htm#.V61P6jWgvhU>> Acesso em: 12 ago. 2016).

<sup>42</sup> O Superior Tribunal de Justiça entendeu, ao julgar o Conflito de Competência (CC) nº 145.695, que competiria à Justiça Federal julgar o caso.

<sup>43</sup> Na Justiça Estadual, o o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) ofereceu denúncia contra a Samarco Mineração S.A. e mais 14 (quatorze) funcionários da empresa, argumentando que, entre o dia 5 de novembro de 2015 e 16 de fevereiro de 2016, se associaram com o fim específico de cometerem crimes ambientais em benefício da mineradora, que obteve vantagens indevidas em razão de não despender recursos para cumprimento de obrigações exigidas pela legislação ambiental, além de se eximir de eventuais penalidades administrativas e minimizar a exposição negativa do nome da empresa perante a opinião pública. Os 14 funcionários da mineradora foram denunciados pelos crimes incurso nos artigos 54 e 68 da Lei nº 9.605/1998, bem como do artigo 288 do Código Penal.

<sup>44</sup> Artigo 13 do Código Penal:

"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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)"

<sup>45</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República em Minas Gerais. Denúncia - Samarco. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>> Acesso em: 28 dez. 2016.

Esses exemplos, que envolvem grandes corporações, demonstram que é importante existirem técnicas de identificação e distinção valorativa de condutas responsáveis por atos relacionados às empresas que podem resultar em graves condutas criminosas. Em razão da complexidade e da grandeza do empreendimento, é comum a reunião de interesses se consolidar mediante um conglomerado. Nesses conglomerados, nem sempre as decisões são tomadas em conjunto, embora persigam o mesmo objetivo, que é o lucro. Em razão disso, questiona-se se diretores de empresas conglomeradas poderiam ser responsabilizados por omissão quando cientes de práticas irregulares no âmbito da *holding*.

Paralelamente a esses exemplos, existem inúmeros outros casos de infração penal que envolvem empresas de variadas grandezas. Há empresas destituídas de personalidade jurídica<sup>46</sup>, empresa individual<sup>47</sup>, microempresas<sup>48</sup>, empresas de pequeno porte<sup>49</sup>, empresas simples<sup>50</sup>, que podem ser de médio ou de grande porte, e as chamadas organizações empresariais complexas, as quais podem se constituírem em conglomerados multinacionais. Analisar a responsabilidade penal da pessoa física, que com alguma delas tenha relação empregatícia ou poder de direção, depende de algumas peculiaridades.

Exemplo de uma dessas peculiaridades é a sonegação fiscal do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, rotineiramente visto no ambiente forense. Prestam-se informações falsas ou se omitem informações tributárias relevantes para tentar reduzir ou suprimir o tributo. Nessas hipóteses, tenta-se descobrir quem, de fato, é o responsável, pois as informações podem ser

---

<sup>46</sup> Artigo 986 do Código Civil:

"Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples."

<sup>47</sup> Artigo 980-A do Código Civil:

"A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País."

<sup>48</sup> Artigo 3º, I, da Lei Complementar nº 123/2006:

"Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais)"

<sup>49</sup> Artigo 3º, II, da Lei Complementar nº 123/2006:

"Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)."

<sup>50</sup> Artigo 997 do Código Civil:

"A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará (...)"

prestadas por contador, que, por sua vez, pode ser empregado da própria empresa ou prestar o serviço de forma terceirizada, com ou sem o conhecimento do administrador.

Há casos de crimes praticados contra o sistema financeiro nacional que podem ser realizados tanto por pessoas físicas quanto por pessoas físicas na direção de pessoas jurídicas com estruturas pequenas ou até mesmo familiares. Embora o artigo 25 da Lei nº 7.492/1986 disponha que “*São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes*”, os tipos penais previstos na citada legislação, em boa parte, podem ser praticados por qualquer pessoa.

Com isso, quer se ter em mente que, quando se discorre sobre criminalidade empresarial, nem sempre se está a discursar sobre conglomerados econômicos, na qual exista distanciamento entre empregados e diretores da empresa. É perceptível que a maior quantidade de processos judiciais gira em torno de casos de empresas pequenas e que há relação de proximidade entre o funcionário e o proprietário, o qual pode preencher a figura do sócio-administrador.

Falar sobre a responsabilidade penal no âmbito empresarial envolve vários aspectos fáticos. Não se pode desconsiderar a realidade subjacente em cada empreendimento, razão pela qual se revela importante discorrer sobre as estruturas do crime empresarial.

## **1.2 Direito Penal Econômico e crimes empresariais**

A noção sobre as origens do Direito Penal Econômico permite compreender que o Direito Penal é utilizado como escopo para reforçar características de um determinado modelo político-econômico. Portanto, o endereçamento das normas deve levar em consideração a realidade social e econômica de cada Estado.<sup>51</sup> Esse modelo político-econômico, ditado por regras administrativas, fez com que Jorge de Figueiredo Dias denominasse de Direito Penal extravagante, acessório ou secundário.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> “A percepção das origens históricas do direito penal econômico permite uma visão clara da utilização do direito penal com o escopo de reforçar as características de um determinado modelo político-econômico de Estado, o qual se postaria entre as raízes da livre concorrência e da planificação estatal. Outrossim, qualquer conceito de direito penal econômico, situado historicamente, reitera-se, deve tomar em conta a realidade - social e normativa - do Estado ao qual se destina.” (CORACINI, Celso Eduardo Faria. Contexto e conceito para o direito penal econômico. Direito penal econômico e da empresa. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Org.). Doutrinas essenciais direito penal econômico. Teoria geral da tutela penal transindividual. v. 1. São Paulo: RT, 2011, p. 423).

<sup>52</sup> “E é o aparecimento, ao lado do direito penal tradicional, de um abundante direito penal *extravagante, acessório* ou *secundário* - que porventura melhor ainda se qualificaria de direito penal espacial, não fosse a circunstância de tal designativo se encontrar já, na nossa língua, <<dogmaticamente ocupado>> Direito este que

No nosso ordenamento jurídico não há uma organização sistemática da matéria,<sup>5354</sup> e, ao mesmo tempo em que a legislação se expande e se intensificam os estudos sobre o Direito Penal Econômico, mantêm-se divergências quanto à abrangência do seu conceito, inclusive em relação aos delitos empresariais. Em outras palavras, não existe delimitação firme sobre a abrangência do Direito Penal Econômico e qual sua exata relação com os crimes praticados no âmbito do direito empresarial.<sup>55</sup>

Segundo entendimento de Andrei Zenkner Schmidt, podem ocorrer delitos no âmbito empresarial que não tenham pertinência com o Direito Penal Econômico.<sup>5657</sup> Em uma visão

---

é, em sentido próprio, *direito penal administrativo*: no preciso sentido de que sanciona, com *penas*, a violação de ordenações da *Administração* e se apresenta assim como direito administrativo, senão segundo a competência, por certo segundo a matéria.

Por esta forma vem o direito penal secundário a ligar a sua sorte às controvérsias sobre o direito penal administrativo. Dada a multiplicidade e variedade dos âmbitos de intervenção da ordem jurídico-administrativa dos nossos dias, também o direito penal secundário nos surge sob o signo da multiplicidade e da diversidade. E pois que uma tal intervenção se faz sentir sobretudo no domínio da economia, bem se compreende que aquele direito se apresente hoje, no seu núcleo essencial, como *direito penal econômico* ou, se quisermos, como *direito penal administrativo econômico*.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: CORREIA, Eduardo et al. *Direito penal económico e europeu*: Textos doutrinários. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 37).

<sup>53</sup> No Brasil, a matéria penal econômica também está espalhada pelo Código Penal e por diversas leis extravagantes, o que dificulta muito a sua sistematização. (KALACHE, 2007, p. 399).

<sup>54</sup> “Isso reafirma que o direito penal econômico no Brasil é uma disciplina que somente veio a ser estudada enquanto tal muito recentemente, sendo muitas as contradições existentes no tratamento dos delitos econômicos. Embora se tenha desenvolvido no País, com maior densidade, a partir da pioneira obra de Manoel Pedro Pimentel, em 1973, e há mais tempo na doutrina estrangeira, o tema do direito penal econômico pouco se aprofundou por estas plagas. Na década de 90, nota-se o crescente interesse pela matéria, com o aumento do número de publicações a respeito. No entanto, a legislação brasileira ainda evidencia flagrante descompasso entre essa nova forma de criminalidade e o direito penal tradicional, sendo resultado uma produção legislativa de baixa qualidade técnica, conseqüentemente - e com uma velocidade cada vez mais inescandível - defasada. O contexto, portanto, do nascedouro do direito penal econômico no Brasil não justificaria uma descrição pormenorizada dos incidentes que levaram à sucessão de leis penais sobre a matéria, adstringindo-se a seguinte análise aos diplomas legais vigentes, os quais, por sua difusão e nenhuma concatenação, comprometem seriamente quaisquer considerações sobre a composição de um sistema jurídico-penal econômico brasileiro.” (CORACINI, 2011, p. 416-417).

<sup>55</sup> “Percebemos uma grande dificuldade na doutrina penal em delimitar a abrangência dos crimes econômicos e, conseqüentemente, o bem jurídico protegido por delitos dessa natureza. Paradoxalmente, nos deparamos com teorizações que apregoam a autonomia disciplinar para o direito penal econômico, mas, ao mesmo tempo, ampliam o seu âmbito de incidência a ponto de alcançar determinados crimes patrimoniais quando praticados em condições fáticas peculiares. As dificuldades aumentam ainda mais quando outras rubricas (direito penal empresarial, direito penal societário etc.) são utilizadas para representar infrações penais que não possuem um objeto de ilícito materialmente comum. E obviamente não poderemos esperar uma aplicação judicial adequada do direito se nem mesmo a doutrina, de um modo geral, foi capaz de delimitar o objeto de estudo para, num segundo momento, propor uma sistematização minimamente razoável da matéria.” (SCHMIDT, Andrei Zenkner. A delimitação do direito penal econômico a partir do objeto do ilícito. In: VILARDI, Celso Sanchez. PEREIRA; Flávia Rahal Bresser Pereira; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). *Crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21-22).

<sup>56</sup> “Por razões idênticas, temos por prescindível, ao objeto do nosso estudo, a relação normalmente feita entre DPE e direito penal empresarial ou societário: existem crimes praticados no âmbito de empresas que não necessariamente possuem uma conotação econômica estrita (p. ex., crimes ambientais e falimentares); e também podem ocorrer delitos executados à míngua de uma estrutural empresarial que, não por isso, escapam do objeto do DPE.” (*Idem*, p. 24-25).

<sup>57</sup> “O DPE pode ser definido como um recorte específico do direito penal secundário que desempenha, através da tipificação de delitos, a tutela penal sobre a ordem econômica instituída e dirigida pelo Estado. A delimitação é

parecida, Raúl Cervini entende que a atuação dos crimes ocorridos no âmbito empresarial faz parte de uma categoria maior que são daqueles ocorrentes no Direito Penal Econômico. Afirma o jurista uruguaio que o Direito Penal Econômico é o gênero, da qual o Direito Penal empresarial é a espécie.<sup>58</sup> Nesse mesmo sentido pode ser citado o posicionamento de Juan Terradillos Basoco.<sup>59</sup>

Essa difícil distinção entre o Direito Penal Econômico e o Direito Penal Empresarial pode ser amenizada com a bipartição conceitual sobre o Direito Penal Econômico. O Direito Penal Econômico em sentido amplo e Direito Penal Econômico em sentido estrito, pelo qual o primeiro prevê a repressão no desrespeito à regulamentação do controle estatal na economia e o segundo, em sentido amplo, prevê a regulação jurídico-penal de toda a cadeia de produção, de fabricação, de circulação e de consumo de bens e de serviços.<sup>60</sup> Esses conceitos são adotados por Klaus Tiedemann, o qual entende que o conceito amplo é conciliador, pois busca abarcar não apenas os delitos contra a política econômica, mas aqueles relacionados com

---

em tudo compatível com a conceitualização restritiva proposta pela maioria da doutrina penal que se debruça sobre o tema. O diferencial de nossa hipótese reside, entretanto, na busca pelo devido adensamento do que se deve compreender como “ordem econômica instituída e dirigida pelo Estado”. E tal contigência é que, em nossa visão, tem sido ignorada pela doutrina que se debruça sobre o tema, muito em função do excesso do narcisismo dogmático penal na delimitação da matéria de proteção. É dizer: o conteúdo do bem jurídico “ordem econômica” deve ser buscado nas relações estabelecidas contemporaneamente entre macro/microeconomia e direito.” (*Idem*, p. 36-37).

<sup>58</sup> “Se ha sostenido que el derecho penal económico y el derecho penal de la empresa guardan una íntima cercanía aún cuando no constituyan una misma rama del derecho penal (REYNA ALFARO, 2002, p. 28). No compartimos esta aseveración, del publicista peruano Reyna Afaro. Pese a sua especialidad el Derecho Penal de la Empresa participa de los condicionamientos sociales, normativos y metodológicos de la categoría mayor que constituye el Derecho Penal Económico. Entre estas categorías debe darse una especie de sincronismo funcional a los valores democráticos no excluyente de particularismos (TAVARES, 1992). De este modo el derecho penal económico viene a ser el género y el derecho penal de la empresa la especie, o como se ha dicho, una parcela de aquel (TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 35). Debido a ello, es necesario introducirnos brevemente en el género para luego ingresar de lleno al estudio de la especie.” (CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico democrático: Hacia una perspectiva integrada*. In: VILARDI, Celso Sanchez. PEREIRA; Flávia Rahal Bresser Pereira; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). *Análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4).

<sup>59</sup> “El Derecho penal de la empresa es rama del Derecho penal económico cuya partida de nacimiento hay que datar a mediados de nuestro siglo. (...) En el primer capítulo se constató que el Derecho penal de la empresa no es sino una parcela del Derecho penal económico; en consecuencia, son aquí aplicables las consideraciones que allí se hicieron en torno al carácter generalmente supraindividual del bien jurídico protegido.” (TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 11 e 45).

<sup>60</sup> “Noutro quadrante dogmático - ao qual nos filiamos - o Direito Penal Econômico segue a disjuntiva ampla e estrita (BAJO FERNÁNDEZ, 2008, p. 168). Dessa maneira, *Direito Penal Econômico em sentido estrito* compreenderia a parte do Direito Penal que “reforça com ameaças penais o Direito Administrativo Econômico. É dizer, é o direito da direção estatal e do controle da economia” (TIEDEMANN, 2007, p. 2). Cuida-se - nas palavras de Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo (2010, p. 13) - do grau mais intenso do intervencionismo estatal na economia, qual seja, mediante o exercício do *ius puniendi*. Consequentemente, delito econômico em sentido estrito é “a infração jurídico-penal que lesiona ou põe em perigo a ordem econômica entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país” (BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO, 2010, p. 13).

Por sua vez, o *Direito Penal Econômico em sentido amplo* - que, segundo Tiedemann, foi embalado pelos aportes criminológicos ressaltados acima - compreende a regulação jurídico-penal de toda a cadeia de produção, fabricação, circulação e consumo de bens e serviços, ou, vale dizer, todo o acontecer econômico. (TIEDEMANN, 1986, p. 74).” (SOUZA, 2011, p. 120).

qualquer atividade econômica.<sup>61</sup><sup>62</sup> No mesmo sentido são as posições de Artur de Brito Gueiros Souza<sup>63</sup>, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú, de Daniel Queiroz Pereira<sup>64</sup> e de Bernd Schünemann<sup>65</sup>, as quais estão alinhadas a uma tendência internacional,<sup>66</sup> sem se olvidar das controvérsias que isso pode acarretar<sup>67</sup>.

De fato, nem sempre um delito perpetrado contra um bem jurídico que reúna características de incidência do Direito Penal Econômico<sup>68</sup> será correlacionado com o Direito

<sup>61</sup> “O próprio Tiedemann reconhece que a referida definição em sentido amplo é “conciliatória”, pois busca abarcar não apenas os delitos contra a “planificação estatal da economia”, mas aqueles relacionados com a atividade econômica, bem como os direcionados contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica, tendo sido unanimemente aceita por ocasião do XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal.” (CORACINI, 2011, p. 424).

<sup>62</sup> “Hasta hace pocas décadas la opinión dominante (no únicamente en Alemania) entendía por Derecho penal económico sólo aquella pequeña parte del Derecho penal que reforzaba con la intimidación penal el Derecho económico administrativo, es decir, el derecho de dirección y control estatal de la economía. Esto implica una reducida materia especial fuera del Código penal. Hoy en Alemania se entiende el Derecho penal económico en un sentido más amplio, como consecuencia del progreso del Derecho económico hacia una disciplina autónoma ampliamente separada del derecho administrativo: la defraudación y el fraude de subvenciones, los delitos de y contra las instituciones bancarias y los seguros privados así como los delitos contra la Seguridad social son considerados como delitos económicos, adí como también la quiebra fraudulenta, la falsificación de balances, la adulteración de alimentos y vino, la competencia deslegal y las contravenciones en el comercio exterior como, por ejemplo, las infracciones de las órdenes de embargo para exportar armas a zonas en crisis.” (TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993, p. 31).

<sup>63</sup> “Críticas à parte, fato é que não se pode prescindir do conceito amplo, na medida em que é exatamente no seu raio de ação que se debruça a modernização do Direito Penal Econômico, cuja legitimidade é analisada no presente texto.” (SOUZA, 2011, p. 121).

<sup>64</sup> “Deve-se salientar que a adoção de um sentido amplo em matéria de Direito Penal Econômico obedece a uma tendência internacional. Dessa forma, admitem-se como delitos econômicos não apenas os fatos puníveis dirigidos contra a planificação estatal da economia, mas também todo o conjunto de delitos relacionados com a atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica. Esse critério foi amplamente aceito no *XIII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal*.” (JAPIASSÚ; PEREIRA, 2011, p. 253).

<sup>65</sup> “A falta de un término concreto capaz de lograr un consenso y que a su vez recoja todos los aspectos esenciales del Derecho penal económico, entiendo por delitos económicos, en el sentido más amplio, todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella.” (SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução de Daniela Brückner e de Juan Antonio Lascurain Sánchez. Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, v. 41, fasc. 2, p. 529, 1988).

<sup>66</sup> “Há uma tendência internacional em adotar o conceito amplo do direito penal econômico, posto que assim se permite “considerar como delitos econômicos não só os atos puníveis dirigidos contra a planificação estatal da economia, senão todo o conjunto de delitos relacionados à atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica”. Esta foi a tônica dada pelo XIII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (1984).” (KALACHE, 2007, p. 398).

<sup>67</sup> “Argumenta-se, porém, que “as consequências inevitáveis desta concepção extensiva são as evidentes dificuldades para delimitar o âmbito da disciplina, e precisar a noção do que deve entender-se por delito econômico, o que é definido como a infração que, afetando a um bem jurídico patrimonial individual, lesiona ou põe em perigo em segundo termo a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Adverte-se, pois, que a aceção ampla de delito econômico retira a precisão conceitual do direito penal econômico, perdendo-se a possibilidade de se “identificar um bem jurídico comum a todas e cada uma das diversas infrações delitivas.” (*Idem*, p. 398).

<sup>68</sup> RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e direito penal econômico. Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 267-297.

Penal Empresarial. Da mesma forma, é válida a afirmação de que não é qualquer crime praticado no âmbito empresarial que terá as características e as técnicas de análise próprias do Direito Penal Econômico.<sup>69</sup>

Para o presente trabalho, utilizar-se-á Direito Penal Econômico e Direito Penal Empresarial indistintamente, pressupondo que o objeto, quando mencionado, está se referindo a situações tangenciáveis ao delito empresarial.

O Direito Penal Empresarial, quando confundível com o Direito Penal Econômico, exige, geralmente, densidade normativa superior se comparado com o Direito Penal nuclear, especialmente para a solução de controvérsias no que tange à autoria. Essa densificação normativa sobre a autoria em crimes empresariais pode ser mais elucidada se houver recorte quanto aos crimes praticados no âmbito da empresa relacionados ao Direito Penal Econômico. Para tanto, propõe-se analisar as formas como um delito pode se apresentar no seio empresarial.

### 1.2.1 Criminalidade na empresa e criminalidade de empresa

Com base no escólio de Bernd Schünemann, pode se adotar a distinção entre **criminalidade na empresa**<sup>70</sup> e **criminalidade de empresa**<sup>71</sup>.

A primeira nomenclatura diz respeito aos delitos econômicos perpetrados dentro da empresa contra o próprio empreendimento ou contra seus membros, sendo aplicáveis as regras dos delitos comuns. A *criminalidade na empresa* é aquela praticada dentro da empresa, entre seus colaboradores, como, por exemplo, o furto de um celular ou de um computador por um dos funcionários. São, “*portanto, à margem de uma atuação para a empresa*” e trata-se, como se percebe, de infrações comuns, mas que são realizadas dentro do ambiente

<sup>69</sup> Exemplo dessa situação é a sonegação fiscal (artigo 1º da Lei nº 8.137/1990), que pode ser praticada tanto pela pessoa jurídica, ou seja, no âmbito empresarial, quanto pela pessoa física. Tanto um quanto o outro afetam o mesmo bem jurídico tutelado. Além disso, é possível citar como exemplo a pessoa que, detentora de poderes de mando em uma empresa, frustra, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho (artigo 203 do Código Penal). A frustração de direito trabalhista pode incidir em direito individual, sem vinculação direta com o Direito Penal Econômico.

<sup>70</sup> “La participación en el tráfico económico fuera de este marco de organización, como podría ser, por ejemplo, la actividad de un consumidor, no plantea especiales problemas jurídico-penales y es por ello por lo que no tiene mayor significación en relación con el contexto citado. Por otra parte se debe diferenciar entre un comportamiento socialmente dañoso de una empresa y un daño causado por colaboradores de la empresa *a la misma* o a otros de sus *colaboradores*, ya que los dos grupos de casos mencionados en último lugar, que conforman la llamada *criminalidad en la empresa* (Betriebskriminalität).” (SCHÜNEMANN, 1988, p. 530).

<sup>71</sup> “La criminalidad de empresa (Unternehmenskriminalität), como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa - o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa -, establece así una delimitación tanto respecto a los delitos económicos cometidos al margen de una empresa, como respecto a los delitos cometidos dentro de la empresa contra la misma empresa, o por miembros particulares contra otros miembros de la empresa.” (*Idem*, p. 529).

corporativo. Nessa modalidade delitativa, devem se incluir os crimes cometidos por colaboradores de uma empresa contra a própria empresa ou contra outros colaboradores. Portanto, fora da atuação específica dos fins da empresa.<sup>72</sup>

De outro vértice, a *criminalidade de empresa* se refere aos delitos econômicos praticados por intermédio da sociedade empresarial, com a lesão a bens jurídicos coletivos. A *criminalidade de empresa* designa os crimes perpetrados por meio da atuação de uma empresa, os quais lesam bens jurídicos e interesses externos, podendo, eventualmente, atingir bens jurídicos e interesses próprios dos colaboradores da empresa. São crimes normalmente afetos à proteção à ordem econômica, como são as relações de consumo, os crimes contra a seguridade social ou o meio ambiente.<sup>73</sup>

Enquanto na *criminalidade na empresa* se pode utilizar de técnicas aplicáveis ao Direito Penal nuclear, a identificação da responsabilidade na *criminalidade de empresa* se mostra mais difícil. Isso ocorre porque, neste último caso, surgem questões distintas como a influência criminógena de uma atividade de grupo, as dificuldades de determinação normativa das competências, a imputação jurídico-penal e os problemas de averiguação do verdadeiro responsável pelo ato.<sup>74</sup>

Heloísa Estellita Salomão, além de se utilizar da distinção entre *criminalidade na empresa*<sup>75</sup> e *criminalidade de empresa*<sup>76</sup>, seguindo o raciocínio de Schünemann, acrescenta também a existência da empresa ilícita. A **empresa ilícita** se caracteriza por ser uma

<sup>72</sup> GODINHO, Inês Fernandes. A actuação em nome de outrem em direito penal económico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho. In: COSTA, José de Faria (Coord.). Temas de direito penal económico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 209-210.

<sup>73</sup> “Con el concepto de <<criminalidad de empresa>> se designa, pues, todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una *actuación para una empresa* se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa. Que de este modo la criminalidad empresa constituye la parte más importante de la criminalidad económica, no sólo desde el punto de vista práctico, sino también desde el punto de vista de la teoría jurídico-penal y de la política criminal, es algo que salta a la vista.” (SCHÜNEMANN, 1988, p. 531).

<sup>74</sup> “(...) pueden someterse sin dificultades a las reglas de los delitos comunes desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, y porque desde el punto de vista político-criminal y criminológico plantean cuestiones muy distintas a las que plantea la criminalidad de empresa em sentido estricto: la influencia criminógena de una <<actitud criminal de grupo>>, las dificultades de determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación jurídico-penal, y los problemas de averiguación del verdadero responsable - por mencionar tan sólo algunos de los siguientes temas de discusión - producen, em conjunto, quebraderos de cabeza en relación con la criminalidad de empresa, pero no en relación con la criminalidad en la empresa, la cual a su vez produce problemas propios.” (*Idem*, p. 530).

<sup>75</sup> “A primeira, a criminalidade na empresa, é entendida como oriunda daqueles crimes cometidos por colaboradores de uma empresa contra ela mesma.” (SALOMÃO, Heloísa Estellita. *Criminalidade de empresa e o crime de quadrilha ou bando*. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). Análise contemporânea. Direito Penal Econômico. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 237).

<sup>76</sup> “A segunda, a criminalidade de empresa, caracteriza-se pela “inserção de condutas ilícitas no contexto de uma actividade e de uma política de empresa no restante lícita” (FERNANDES GODINHO, 2005, p. 205), crimes “que se cometem através de uma atuação que se desenvolve no interesse de uma empresa.” (MARTÍNEZ BUJAN-PÉREZ, 1998, p. 68). (*Idem*, p. 237).

sociedade empresária “heterodirigida por uma estrutura criminal e a ela submetida”, ou seja, trata-se daquela sociedade criada ou gerida para a obtenção de lucro por meios criminosos. Como exemplo, pode-se citar a “empresa de fachada” utilizada para a lavagem de dinheiro<sup>77</sup>.

É importante diferenciar a *criminalidade de empresa* da *empresa ilícita*. No primeiro caso, tem-se uma empresa lícita, que obtém lucro legitimamente, mas que, por seu intermédio, alguns crimes são eventualmente praticados como por exemplo o caso da apropriação indébita previdenciária. Já na segunda hipótese, como seu nome diz, a finalidade única desta empresa é a prática de infrações penais, ou seja, a razão do seu existir é o delito ou o seu acobertamento.

Cada uma dessas situações, por suas especificidades, deve receber tratamento adequado quando se fala em responsabilidade criminal.

Além disso, Matheus Silveira Pupo denomina de **empresa criminosa** aquela que, diretamente, comete crimes. A Constituição Federal (CF) de 1988, em seu artigo 225, §3º, antevê a possibilidade de pessoas jurídicas cometerem delitos ambientais. A consequência dessa opção político-constitucional foi a inclusão, de forma expressa, da responsabilidade penal da pessoa jurídica no artigo 3º da Lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), encerrando, ao menos no plano normativo, a discussão sobre a sua legalidade e a sua legitimidade.<sup>78</sup>

A *criminalidade de empresa* e a *empresa criminosa* são conceituações mais próximas ao chamado Direito Penal Econômico por, normalmente, afetarem bens coletivos, difusos ou metaindividuais, tutelando-se apenas por via mediata ou transversa a pessoa humana individualmente considerada. Tais bens difusos são as instituições sociais, de caráter civil ou estatal, suas funções ou modelos de organização. A *empresa ilícita* também tem íntima relação com o Direito Penal Econômico, mas atua de forma muito mais instrumental, normalmente para a prática de lavagem de dinheiro. Para o recorte teórico deste trabalho, a abordagem sobre a autoria e a participação terá como foco essas espécies de criminalidade empresarial, por meio da qual agentes praticam ilícitos que afetem bens jurídicos relacionados com o “acontecer econômico”.

São pertinentes essas distinções porque, quando se menciona a *criminalidade de empresa*, geralmente o bem jurídico afetado é coletivo, diferentemente da *criminalidade na*

<sup>77</sup> “A última, a empresa ilícita, é entendida como empresa “heterodirigida por uma estrutura criminal e a ela submetida” (FERNANDES GODINHO, 2005, p. 205), com clara característica de organização criminal, ou seja, aquela em que a obtenção do lucro se faz por meios ilícitos (crimes) (FERNANDES GODINHO, 2005, p. 207).” (*Idem*, p. 237).

<sup>78</sup> PUPO, Matheus Silveira. Concurso de pessoas, quadrilha ou bando, crime organizado no Direito Penal Empresarial - Uma análise dogmática. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). Direito penal econômico. Questões atuais. São Paulo: RT, 2011, p. 237-238.

*empresa*, exigindo-se, na maioria das vezes, densidade normativa maior na avaliação de conduta do órgão superior hierárquico.

Com efeito, a importância de se perquirir em que condições ocorreu o delito no seio empresarial deságua na variabilidade da densidade normativa que deve se adequar à correta proteção do bem jurídico. Em outras palavras, é necessário superar o paradigma, na análise da autoria e da participação, que a natureza jurídica da intervenção no fato delitivo tenha por pressupostos balizas unicamente ontológicas.<sup>79</sup>

### 1.3 Estrutura e características dos delitos empresariais

O Direito Penal Econômico, com especial atenção à criminalidade no seio empresarial, é chamado a resolver importantes e novos desafios. Dentre esses desafios está a imputação adequada da responsabilidade de fato criminoso, tendo em vista que o critério tradicionalmente de estudo tem como parâmetro um modelo de criminalidade violenta e individual.<sup>80</sup> Jesús-Maria Silva Sánchez afirma que o paradigma de análise de delitos foi concebido sob os crimes de homicídio, nos quais o autor, a vítima e onexo causal são mais facilmente delineados.<sup>82</sup> No mesmo sentido apontam os estudos de Bernd Schünemann<sup>83</sup>, de Francisco Muñoz Conde<sup>84</sup> e de Juan Terradillos Basoco<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> Na Recomendação 5 (AIDP, 1984) consta: “Na maioria dos casos, o direito penal tutela nesse âmbito bens jurídicos coletivos, não unicamente individuais. A maior parte destes bens jurídicos coletivos são mais difíceis de determinar e de defender do que os bens jurídicos individuais, por causa de seu caráter particularmente complexo e difuso. Por isso, existe uma necessidade especial de proteger estes interesses coletivos. Sua proteção a cargo da lei deveria estar incluída no Código Penal”.

<sup>80</sup> “O moderno Direito Penal da empresa propõe, sem dúvida, à Ciência Penal do presente um de seus desafios mais importantes. Além das questões político-criminais que suscita no âmbito da Parte Especial, os problemas que origina no plano da imputação constituem sobretudo um duro teste para a validade de uma teoria geral da responsabilidade penal que, como aquela vigente até agora, foi construída sobre a base de um modelo de criminalidade violenta e individual. Esta última tem muito pouco em comum com o modelo na nova criminalidade econômica-empresarial, pois esta se desenvolve em contextos de uma atividade coletiva realizada por uma pluralidade de sujeitos que atuam de acordo com o princípio da divisão de trabalho e funções e em posições de superioridade e de subordinação hierárquica (GRACIA MARTIN, 2005, p. 64).” (SOUZA, 2011, p. 131).

<sup>81</sup> “El paradigma de la teoría clásica del delito há sido el delito doloso de acción. Es decir, el comportamiento individual de una persona (o, como máximo, de una limitada pluralidad coyuntural de personas) que con dolo directo de primer grado (intención) ejecuta de modo directo (mediante causación físico-natural inmediata) e incluso de propia mano un delito de resultado.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Fundamentos del derecho penal de la empresa. Madrid: Edisofer, 2013, p. 7).

<sup>82</sup> “El modelo clásico de delito se concibió (y se há ido sometiendo a prueba) sobre casos de homicidio. El homicidio, por su parte, constituye el *malum in se* paradigmático, definiéndose en un tipo cerrado que a su vez conforma un delito puro de resultado de lesión de un bien jurídico individual. Así las cosas, parece claro el Derecho penal económico ha de constituir un reto para dicho modelo.” (*Idem*, p. 8-9).

<sup>83</sup> “Los problemas especiales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección en las empresas sólo pueden ser entendidos si se aclara, en primer lugar, que la formación de los conceptos de nuestros Derecho penal y con ello, también, de sus figuras fundamentales de imputación, se ha desarrollado en un paradigma social completamente opuesto. Porque mientras que los sucesos en la empresa están determinados a través de la

Não somente a política criminal de criação de novos tipos penais econômicos é suscetível de justificar uma razoável expansão do Direito criminal. Também é necessário revisar a interpretação da Parte Geral da legislação penal, na medida em que os conceitos e as estruturas desenvolvidas pelos critérios gerais de análise do fato delitivo somente se projetam em campos da realidade social muito reduzidos. Por isso mesmo, não se pode, em princípio, oferecer respostas seguras aos problemas de imputação que sugere o Direito Penal moderno.<sup>86</sup> Em outros dizeres, há que se conferir contornos atualizados para a política criminal, bem como para a dogmática, pois é necessário que estudos levem a soluções justas de casos reais.

---

estructura organizativa empresarial, y por ello a través de la organización y delegación, de la división del trabajo y de la jerarquía, el Derecho penal moderno se ha formado en las formas de vida del solitario social, del fuera de la ley y del proscrito, de su anarquismo, individualismo y desorganización, de la espontaneidad del momento de determinadas formas de vida.” (SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002, p. 129).

<sup>84</sup> “Actualmente parece que hay acuerdo en un importante sector de la doctrina en cuestionar, por lo menos respecto a algunas formas de criminalidad y sobre todo respecto a aquella que se comete en el ámbito de una gran empresa, la idea de que el ejecutor material directo del hecho es el principal responsable del mismo. Esta idea está enraizada en la imagen del autor de los delitos tradicionales contra la vida, la libertad sexual o la propiedad, que son los delitos sobre los que se ha elaborado la Teoría General del Delito. De acuerdo con esa imagen, la ejecución de la acción típica del respectivo delito (matar, penetrar sexualmente, apoderarse de la cosa mueble ajena) constituye el comportamiento central, más importante y, por tanto, más grave, frente a otros no estrictamente ejecutivos de ayuda, favorecimiento o inducción. Pero incluso en estos delitos se tuvo que recurrir ya hace tiempo a la figura del autor mediato o la del “autor tras el autor” para fundamentar la imputación como autor de quien sin intervenir en la ejecución de la acción delictiva se sirve de otra persona como instrumento, en principio, irresponsable, para realizarlo.” (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. 75, 2002).

<sup>85</sup> “Las categorías teóricas de la parte general del Derecho Penal, como fruto histórico que son de razonamientos inicialmente inductivos, adolecen a veces de las limitaciones propias de su origen. Es frecuente, en efecto, que construcciones doctrinales nacidas para explicar los clásicos delitos contra la vida o el patrimonio, no sean igualmente útiles en el estudio de conductas delictivas muy distintas, cuyas peculiaridades morfológicas no fueron tenidas en cuenta en aquella elaboración científica.” (TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 35).

<sup>86</sup> “Enquanto os enfoques do bem jurídico e da realização do fato em conexão com uma atividade econômica mostram o Direito penal econômico e ambiental sobretudo como um setor individualizado da Parte Especial, do ponto de vista da empresa ou do exercício da atividade empresarial destacam-se de um modo especialmente acentuado os aspectos que concernem fundamentalmente à problemática da imputação jurídico-penal, e, por conseguinte, à Parte Geral. O moderno Direito penal da empresa propõe, sem dúvida, à Ciência penal do presente um de seus desafios mais importantes. Além das questões político-criminais que suscita no âmbito da Parte Especial, os problemas que origina no plano da imputação constituem sobretudo um duro teste para a validade de uma teoria geral da responsabilidade penal (sc. do delito) que, como aquela vigente até agora, foi construída sobre a base de um modelo de criminalidade violenta e individual. Esta última tem muito pouco em comum com o modelo da nova criminalidade econômico-empresarial, pois esta se desenvolve em contextos de uma atividade coletiva realizada por uma pluralidade de sujeitos que atuam de acordo com o princípio da divisão de trabalho e de funções e em posições de superioridade e de subordinação hierárquica. Por isso, a necessidade de fazer frente a este tipo de criminalidade valendo-se do Direito penal colocou em xeque quase todos os instrumentos dogmáticos tradicionais e, evidentemente, converteu já em obsoleta a Parte Geral tradicional de nossa disciplina na medida em que os conceitos e estruturas desenvolvidas pela mesma só se projetam em campos da realidade social muito reduzidos e, por isso mesmo, não pode em princípio oferecer nenhuma resposta segura aos problemas de imputação que sugere o Direito penal moderno em geral, e o Direito Penal da empresa em especial, como uma de suas mais destacadas expressões.” (MARTIN, Luís Gracia. Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência. Tradução de Erika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 64-65).

### 1.3.1 Estrutura dos delitos empresariais

Para verificar se há distinção entre delitos empresariais e outros delitos apreciados no âmbito do Direito Penal clássico, convém elucidar como se desenvolvem, normalmente, a prática daqueles delitos. Segundo Inês Fernandes Godinho<sup>87</sup> e Bernd Schünemann<sup>88</sup>, o poder de direção da empresa se apoia em quatro pilares: a estrutura hierárquica, a distribuição do trabalho, a formação de um sistema de conduta e o poder de determinação sobre os meios de produção.

A estrutura hierárquica existe em virtude da relação de interdependência entre as partes contratantes, cujo pacto laboral delinea as funções de cada um. Nesse delineamento, surge o poder de direção e de subordinação, decorrente da engrenagem do sistema de produção.<sup>89</sup> Essa relação de subordinação também existe em empresas estatais, com a diferença que a subordinação pode decorrer de lei específica e fazer incidir a prática de crime em ilícito distinto. Por certo, a distribuição do trabalho é um corolário da relação contratual ou da lei, pois, para que se desenvolva a produção de bens e a prestação de serviços, é necessária a organização da mão de obra.

<sup>87</sup> GODINHO, 2005, p. 205-208.

<sup>88</sup> “Sin embargo, antes de empezar con ello, tengo que analizar las estructuras lógico-objetivas, esto es, de la realidad social previas al Derecho penal, para poder describir de forma suficientemente precisa las circunstancias a subsumir bajo las normas penales. El poder de dirección en la empresa se apoya en cuatro pilares, que pueden ser ejecutados de forma fuertemente diferenciada según la estructura concreta de organización; es decir, la estructura jerárquica que se traduce en el poder directivo o derecho de dirección; la distribución del trabajo, que aumenta hacia abajo en la estructura de organización con una vista panorámica o de conjunto en descenso y con una fungibilidad creciente de los órganos de ejecución; la formación de un sistema de conducta que casi funciona por sí mismo, basado en procesos de aprendizaje colectivo, mantenimiento de los valores y rutinas de acción; y, finalmente, el poder de determinación sobre los medios de producción objetivos. El ideal típico que personifica este modelo de los cuatro pilares se encuentra en empresas que existen desde hace mucho tiempo organizadas estrictamente conforme al principio de una línea con distribución completa de trabajo; pero que, sin embargo; en la práctica, pudieron haber quedado reducidas a la excepción, y que desde la proclamación de la producción ligera (lean production) y de la dirección ligera (lean management) podrían encontrarse en retirada.” (SCHÜNEMANN, 2002, p. 131-132).

<sup>89</sup> “Conceituamos subordinação como uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.

Subordinação e poder de direção são verso e reverso da mesma medalha. A subordinação é a situação em que fica o empregado. O poder de direção é a faculdade mantida pelo empregador, de determinar o modo de execução da prestação do trabalho para que possa satisfazer o seu interesse. Ambas se completam. O empregado é um subordinado porque ao se colocar nessa condição consentiu por contrato que o seu trabalho seja dirigido por outrem, o empregador. Este pode dar ordens de serviço. Pode dizer ao empregado como deverá trabalhar, o que deverá fazer, em que horário, em que local etc. É que o empresário, como tal, organiza a sua atividade. Logo, o empregado atua em uma organização do empresário. Nesse sentido, pode-se falar em hetero-organização na perspectiva do empregado, como seria possível dizer auto-organização sob o prisma do empregador, em trabalho para outro e sob ordens deste, no caso do empregado, e em trabalho dos outros para o seu empreendimento, no caso do empregador.” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 34. ed. São Paulo: LTR, 2009, p. 167).

Inês Godinho também discorre sobre as estruturas dos delitos empresariais.<sup>90</sup> Nessa quadra, por existir a mencionada estrutura hierárquica, conseqüentemente, identifica-se uma pluralidade de sujeitos, razão pela qual não se pode olvidar que pessoas que participam de um corpo coletivo possuem comportamentos distintos se comparadas com práticas individuais. Percebe-se, nos crimes empresariais, *divisão de trabalho*, consistente na atribuição de distintas tarefas, seja no nível horizontal, seja no nível vertical, implicando também na delegação de funções.

Outro ponto observado na delinquência empresarial é que, normalmente, as vítimas da criminalidade econômica tendem a ser múltiplas e indeterminadas, cedendo lugar a um distanciamento entre o infrator e a vítima. Casos assim são verificáveis nas agressões ao meio ambiente, no descumprimento da legislação de proteção ao consumidor e também nas infrações às regras de proteção ao capital mobiliário.

Em virtude dessa complicada relação da possível pluralidade de sujeitos ativos e da indeterminação de sujeitos passivos, constata-se uma *complexidade do nexa causal*, diante da dificuldade de se estabelecerem as causas e os efeitos das condutas.

### 1.3.2 Características dos delitos empresariais

Com os empréstimos das palavras de Jesús-Maria Silva Sánchez, pode-se dizer que, nos delitos empresariais, há uma dissociação entre ação e responsabilidade, uma divisão ou fragmentação dos elementos do tipo, e o surgimento de efeitos derivados da dinâmica de

---

<sup>90</sup> “Assim, no que toca às características mais gerais da moderna criminalidade econômica, importa salientar as seguintes:

a) *Pluralidade de sujeitos activos*: sendo as relações sociais, hoje em dia, cada vez mais organizadas segundo interesses de grupo, a criminalidade econômica não escapa ao fenómeno, devendo-se salientar, nesta sede, que a sociologia e a psicologia social ensinam que as pessoas que formam um colectivo têm comportamentos distintos dos que teriam se actuassem sozinhas;

b) *Indeterminação de sujeitos passivos*: poder-se-á dizer que, regra geral, as vítimas da criminalidade econômica - e, portanto, de crimes complexos - tendem a ser múltiplas e indeterminadas, dando lugar a um distanciamento entre o agressor e a vítima. Pense-se, por exemplo, no caso do crime contra genuinidade, qualidade ou composição de gêneros alimentícios e aditivos alimentares, previsto no art. 24º do Decreto-Lei nº 28/84, de 20 de janeiro;

c) *Complexidade do nexa causal*: atendendo à complexidade de sujeitos e situações produzidas pela criminalidade econômica, a determinação da relação de causalidade torna-se, muitas vezes, problemática;

d) *Divisão de trabalho*: na actividade econômica a organização-padrão reflecte-se no facto de as diferentes tarefas estarem repartidas entre diferentes pessoas. Neste particular, importa observar que a distribuição do trabalho pode ser horizontal - quando se trata de sujeitos com o mesmo nível funcional - ou vertical, no caso de o nível funcional dos agentes ser diferente. Quanto a esta última forma de divisão de trabalho, importa observar que se podem colocar situações de dever de obediência, uma vez que estaremos perante sujeitos com diversas posições hierárquicas. Por outro lado, a *divisão do trabalho* coloca ainda a questão da *delegação de funções*.” (GODINHO, 2005, p. 205-206).

grupo. O citado jurista afirma que a aplicação do modelo clássico da teoria do delito impede uma fundamentação razoável da responsabilidade no âmbito empresarial.<sup>91</sup>

Luís Gracia Martín também entende que o exercício de uma atividade empresarial constitui a fonte principal do domínio material sobre qualquer tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica. Isso ocorre porque a atividade econômica de produção e de circulação de riquezas está entrelaçada com outras áreas, entendidas como específicas, que também afetam as relações interpessoais. Não se pode mais ver a atividade empresarial como simples relação comercial cingida na venda de mercadorias ou na prestação de serviços. Há de se ressaltar a especial posição daqueles que detém o conhecimento e o comando de fontes de poder que interferem no meio ambiente, na vida dos consumidores e também na livre concorrência.

Os bens jurídicos tutelados por searas específicas podem vir a ser atingidos por pessoas desvinculadas de aparatos organizativos, mas a reunião de pessoas em forma de empresa potencializa não só benefícios para a sociedade, como também riscos maléficis oriundos da natural fonte de perigo.<sup>92</sup> Essa é uma característica dos delitos empresariais que não pode ser desconsiderada.

---

<sup>91</sup> “Si se parte de este modelo, la concurrencia de varios sujetos en el marco de una estructura organizada produce algunas distorsiones. Entre ellas:

(i) La disociación entre “accion y responsabilidad”. En la estructura jerárquica el ejecutor directo es normalmente un subordinado de último nivel, que se encuentra muchas veces en situación de error o coacción o, en todo caso, en un estado de falta autonomía decisoria. La pretensión de atribuir responsabilidad a sujetos situados en la cúpula obliga a construir nuevas categorías.

(ii) La escisión - fragmentación - de los elementos del tipo. En contextos de división funcional del trabajo, tanto horizontal como vertical, la ejecución material, la posesión de la información relevante, la capacidad de decisión y las condiciones subjetivas de autoría pueden hallarse en sujetos distintos dentro del grupo organizado. Ello puede dar lugar, no sólo por razones probatorias, sino también estrictamente técnico-jurídicas, a la ya conocida figura de la “irresponsabilidad organizada”.

(iii) La aparición de efectos derivados de las dinámicas de grupo: déficits cognitivo-valorativos (que la *behavioral economics* califica de sesgos cognitivos) o volitivos, que afectan a los sujetos integrantes del grupo. Tales constataciones empíricas apuntarían, con matices, hacia una exclusión o atenuación de la culpabilidad de tales sujetos.

Una aplicación simple del modelo clásico a situaciones de estas características podría impedir una fundamentación razonable de la responsabilidad.” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 7-8).

<sup>92</sup> “Se se prescinde das hipóteses completamente marginais, constata-se facilmente que hoje a realização da maior parte da atividade econômica - e, correspondentemente, da atividade delitiva econômica - de fato só é imaginável e possível a partir de uma organização de um conjunto de meios e de pessoas na forma de uma *empresa*, e, por isso, no exercício de uma atividade tipicamente empresarial ou em relação com ela. Hoje, o exercício de uma atividade empresarial constitui a fonte principal do domínio material sobre todo tipo de bens jurídicos envolvidos na atividade econômica, isto é, não só sobre os especificamente econômicos - v.gr., a livre concorrência - e ambientais, mas também sobre outros de distinta natureza que aparecem com frequência igualmente envolvidos de um modo típico na prática de uma atividade econômico-empresarial, como acontece, por exemplo, com a vida e a saúde dos consumidores no caso da comercialização de produtos perigosos, ou com as dos trabalhadores que realizam sua atividade laboral para uma empresa. Esta circunstância, porém deixa agora claro que, na realidade, autor típico dos delitos econômicos e ambientais é, na maior parte dos casos, um *empresário*. Por isso, a partir dessa importante e transcendente perspectiva, deve-se reconhecer que o Direito penal econômico e do meio ambiente, em realidade, tem que ser configurado e compreendido em sua maior parte também como *Direito penal da empresa*. Daí, porém, deve-se deduzir ademais que o critério da comissão de um

Em que pese a preocupação com a dinâmica da prática delitiva em delitos empresariais, há de se relembrar que nem sempre a organização empresarial se mostra complexa. Todos estão englobados em um mesmo conceito de delito empresarial, mas com fenômenos manifestamente distintos.

Não é imperioso se aprofundar sobre a estrutura hierárquica em uma sociedade empresarial familiar, composta, por exemplo, por dois irmãos, sócios, administradores e únicos a operarem o empreendimento. Assim, embora tenham constituído formalmente uma empresa, percebe-se que, eventual prática delitiva por ambos praticados, relacionados com suas atividades empresariais, não reclama distinção dos tradicionais critérios de concurso de agentes. Nesse mesmo exemplo, não há constatação da figura do empregado, o que elimina outra característica indicada por Inês Fernandes Godinho, que é a da relação hierárquica.

Basta, entretanto, a inclusão de um empregado na empresa para aumentar o grau de dificuldade na identificação da responsabilidade por um fato criminoso. Acrescenta-se a isso a possibilidade de existirem escalas intermediárias hierárquicas. Como afirma Artur de Brito Gueiros Souza, não há dificuldade na identificação daquele que realiza atos imediatos de uma infração penal, mas essa perspectiva muda quando se está diante de complexas corporações.<sup>93</sup>

Com isso, quer se afirmar que, para identificar a responsabilidade penal em delitos empresariais, não se pode desconsiderar a realidade fenomênica de cada situação. Sem perder de vista essas especificidades do Direito Penal Empresarial, vislumbra-se que a identificação dos agentes responsáveis é um dos aspectos mais difíceis e relevantes da dogmática penal. Na generalidade dos crimes cometidos no seio de uma sociedade empresarial razoavelmente organizada, as condutas lesivas não são produzidas por apenas uma pessoa. Essa mesma

---

fato delitivo no curso da realização de uma atividade econômica de uma empresa tem por si mesmo a suficiente *vis atractiva* como para que aquele, independentemente de qual seja sua natureza por razão do bem jurídico ou do modo de ataque, tenha que ser incluído no Direito penal econômico e ambiental em razão de que este, como foi dito, deve ser compreendido essencialmente como Direito penal da empresa. De acordo com o exposto, o Direito penal da empresa, ou seja, o conjunto de regulamentos jurídico-penais relativos aos fatos delitivos cometidos no exercício de uma atividade empresarial, tem que ser reconhecido também como uma manifestação típica - e ademais, de grande importância e transcendência - do Direito penal moderno.” (GRACIA MARTIN, 2005, p. 62-64).

<sup>93</sup> “Nesse sentido, parece não existir dificuldades na identificação e culpabilidade daquele ou daqueles que, numa sociedade, realizam atos imediatos (executórios) de uma determinada infração penal, ante a visibilidade de se estar à frente da atividade de prestação de bens ou serviços. Entretanto, a questão fica mais complexa quando se observa que, não raro, há a concorrência ou mesmo a emanção de ordem para delinquir por parte de agentes que se encontram nas instâncias intermediárias e superiores de uma pessoa jurídica, notadamente quando se está diante das grandes e complexas corporações. Ademais, diversos delitos econômicos contêm, nas suas descrições típicas, condições ou qualidades especiais para o sujeito ativo, as quais não são geralmente partilhadas pelos executores diretos da infração.” (SOUZA, 2013, p. 61).

estrutura empresarial também produz contexto de risco diverso dos delitos do Direito Penal clássico.<sup>94</sup>

Não obstante todas essas considerações, o que se propõe não é uma desvinculação do Direito Penal Econômico do Direito Penal nuclear, mas a conjugação de princípios tradicionais aplicados à criminalidade individual, com o aperfeiçoamento dos postulados de identificação da responsabilidade penal.<sup>95</sup> Embora exista divergência quanto a isso, ou seja, há quem advogue pela alocação do tema em disciplina autônoma por contar o Direito Penal Econômico de metodologia própria<sup>96</sup>, ou a sua relativa autonomização<sup>97</sup>, o Direito Penal

---

<sup>94</sup> “O que há de mais relevante e característico no direito penal da empresa é a problemática dos agentes e da imputação dos factos criminosos. Na generalidade dos crimes praticados no âmbito das empresas, as condutas lesivas dos bens jurídicos não se produzem pela concreta decisão de uma só pessoas ou de várias pessoas facilmente individualizáveis, mas pela conjugação de várias pessoas facilmente individualizáveis, mas pela conjugação de múltiplas condutas, muitas vezes por mera omissão e imprudência. A estrutura das empresas, que funcionam na base da divisão funcional do trabalho, da organização hierárquica e da descentralização, produz contextos de risco muito específicos para os bens jurídicos, em razão da fragmentação das decisões, o que torna complexo o *iter* formativo da vontade e facilita o erro sobre os pressupostos da decisão.

A distribuição de funções, seja horizontal ou vertical, conduz sobretudo nas empresas mais complexas, a estruturas funcionais autónomas mesmo em relação ao centro decisor comum. Acresce que todo o processo de descentralização pressupõe também a confiança, ou seja, aceita-se que cada pessoa de determinado escalão ou sector do trabalho realizado pelos outros escalões ou sectores, cabendo a cada escalão ou sector apenas o cumprimento dos seus deveres. Tudo isto contribui para que neste âmbito seja frequentemente difícil determinar o responsável ou responsáveis pela infracção, acrescentando a dificuldade de penetrar no interior da empresa, sobretudo quando se trata de empresas de grande dimensão e de clarificar as forças de comando e do controlo.” (SILVA, Germano Marques da. Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes. Lisboa: Verbo, 2009, p. 15-16).

<sup>95</sup> “Conquanto possua inequívoco relevo, parece que não se deve ir ao extremo de postular para o Direito Penal Econômico uma completa desvinculação com o Direito Penal nuclear, na medida em que, para a maioria dos doutrinadores, ele se encontra atrelado – e é bom que assim continue – aos mesmos princípios dogmáticos fundamentais, a começar pelo princípio da reserva legal, as regras de imputação objetiva e subjetiva e a sistemática das penas.” (SOUZA, 2011, p. 118).

<sup>96</sup> “O direito penal econômico constitui uma disciplina autónoma no universo do direito penal, porque usa metodologia própria, tem regras e princípios específicos e tem um objecto científico diferenciado, complexo e autónomo. Tal autonomia decorre da especificidade do ilícito, das sanções e das condições da sua aplicação.” (CALDAS, 2005, p. 65).

<sup>97</sup> “Uma relativa autonomização do direito penal administrativo dentro do direito penal administrativo dentro do direito penal só se torna compreensível no quadro de um Estado de Direito material (em particular quando ele se apresenta como Estado de Direito social). Quero com este designativo abranger todo o Estado (mas só ele) que, por uma parte, matenha incólume a sua ligação ao Direito e mesmo a um esquema rígido de legalidade no que toca à definição formal dos seus pressupostos, ao processo da sua actuação constitucional e ao respeito e a garantia dos direitos fundamentais; mas que, por outra parte, se mova dentro deste esquema em função de considerações axiológicas materiais de justiça na promoção de todas as condições (económicas, sociais, e culturais) de livre desenvolvimento da personalidade do homem. Neste contexto se compreende bem a existência de duas zonas relativamente autónomas na actividade do Estado: uma que visa proteger a esfera de actuação especificamente *pessoal* (embora não necessariamente <<individual>>) do homem e que em primeira linha se conforma através dos seus direitos fundamentais; outra que visa proteger a sua esfera de actuação *social* e que se conforma em princípio através dos seus direitos e deveres económicos, sociais e culturais (ou, numa expressão com este amplíssimo sentido, dos seus <<direitos sociais>>).” (DIAS, 1998, p. 54).

Econômico é um ramo do Direito Penal tradicional e deve guardar os seus princípios gerais, recomendação inclusive da AIDP.<sup>98</sup>

Luís Gracia Martín, ao seu turno, discursa no sentido de que não haveria nem de se cogitar de flexibilização de princípios. Para o referido defensor do Direito Penal moderno, a punição das novas modalidades de delito estaria perfeitamente adequada às exigências do Estado de Direito<sup>99</sup>, mesma opinião advogada por Bernardo José Feijoo Sánchez<sup>100</sup>. O certo é que não se pode trilhar caminho pelo qual não se possa dar respostas satisfatórias a determinado tipo de criminalidade que, por si só, é difícil de se apurar, processar e punir<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> “O direito penal econômico, em que pese a especificidade de seus conteúdos, é apenas um ramo do direito penal tradicional e, por isso, deve guardar os seus princípios gerais, não se aceitando a tese de sua autonomia dogmática.

No mesmo sentido, é a Recomendação 6, da AIDP: “Não obstante as peculiaridades do direito penal econômico e da empresa, deveriam aplicar-se os princípios gerais do direito penal, especialmente aqueles que protegem os direitos humanos.” (KALACHE, 2007, p. 393).

<sup>99</sup> “Frente à tese central da prática do Direito penal moderno, o discurso de modernização sustenta justamente a afirmação contrária de que a totalidade dos princípios, critérios político-criminais e instrumentos dogmáticos da modernização, são adequados às exigências do Estado de Direito. É certo que alguns dos penalistas que podem ser considerados partícipes em maior ou menor do discurso de modernização parecem reconhecer - e, nesse sentido, assim declaram expressamente - que, para poder fazer frente aos novos fenômenos e problemas sociais, a Dogmática penal tradicional teria que se flexibilizar até um certo ponto. Segundo meu ponto de vista, cuidadosamente arquitetado, e ademais em um sentido verdadeiramente radical, no sentido da modernização do Direito penal, afirmo que, ao contrário, o Direito penal moderno é um Direito penal totalmente em conformidade se realiza em um grau tão *absoluto* que a mesma não admite nem exceções nem a mais mínima relativização. O reconhecimento de que a modernização do Direito penal possa implicar uma flexibilização das garantias penais do Estado de Direito só pode ter lugar, ou a partir de uma atitude epistemológica desvinculada e distante de toda “vontade de saber”, que normalmente acompanha uma ideologia conservadora e reacionária, ou - e de acordo com uma frase da linguagem cotidiana - quando se confunde a velocidade com o movimento.” (GRACIA MARTIN, 2005, p. 109-110).

<sup>100</sup> “Si el Derecho Penal económico no es Derecho económico que se sirve de las penas para conducir la economía, sino un Derecho Penal que se ocupa de un sector específico de la vida social (quizás en la actualidad el sistema social central, más relevante incluso que el político, de tal manera que, como estamos apreciando, mientras las crisis políticas graves pueden no paralizar un país, como ha sucedido en Italia, las crisis económicas graves se convierten en crisis sociopolíticas), los criterios de legitimidad y las categorías dogmáticas creadas en general para la teoría del Derecho Penal son perfectamente aplicables al ámbito de los delitos socioeconómicos y de empresa.” (FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo José. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 2, p. 5-6, maio, 2009).

<sup>101</sup> “Assim, v. g., os chamados homens de palha ou testas de ferro, ou a própria recusa de promoção para níveis de decisão em empresas cujo estatuto de gestão é por demais penalizante. Mas não só isso: as dificuldades de processo que a aplicação do direito penal econômico tem que vencer, como, p. ex., multinacionais com sedes e filiais em vários países; a especialização de matérias; o poder econômico ou político de certos grupos financeiros; a falta ou ineficácia da entajada internacional; etc..., conduzem a um necessário - se não querido - efeito selectivo, no que toca aos agentes dos delitos económicos, pelas instâncias de controlo. Ao fim e ao cabo, as malhas do direito penal, neste domínio, vêm a apanhar tão-so alguns dos seus infractores, deixando, aqui, mais do que em qualquer outro ramo, esconder nas cifras negras a maioria dos responsáveis por comportamentos antieconómicos.” (CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal económico. In: \_\_\_\_\_ et al. *Direito penal económico e europeu*: Textos doutrinários. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 300).

## 1.4 Ontologismo e normativismo na ação penal

O desenvolvimento da teoria da conduta e, conseqüentemente, da modulação do conceito de autor, não teve evolução estanque e distinta da teoria da conduta. Em verdade, são faces da mesma moeda, pois, enquanto em uma teoria se estuda a ação que é praticada, na outra se estuda a conduta do sujeito que a pratica. Sendo assim, ação tipicamente relevante e autor são fenômenos quase que compostos. Apenas é possível identificar o autor mediante a realização de uma conduta e a conduta representa uma ação praticada ou uma omissão penalmente relevante.

A exposição de teorias da ação tem por finalidade extrair a concepção sobre o autor do fato delitivo, pois será autor quem pratica a ação ou a omissão. Se autor é somente aquele que deu causa a um resultado no causalismo, não será mais autor se, na mesma hipótese, não tiver agido com finalidade, no finalismo.

Nessa quadra, surge a importância da análise do ontologismo e do normativismo na conduta criminal e da respectiva delimitação dos seus conceitos. Em razão da restrição de espaço deste trabalho, duas teorias da ação são suficientes para demonstrar o embate sobre as premissas ontológicas e normativas da conduta, que são o finalismo e o funcionalismo.

Hans Welzel elaborou a teoria finalista da ação pela qual a ação humana é o exercício de atividade final. Ação é o comportamento humano, voluntário, exterior, conscientemente dirigido a um fim. A finalidade, por sua vez, baseia-se na capacidade de vontade de prever, dentro de certos limites, as conseqüências da intervenção no curso causal.<sup>102</sup> Para Welzel, a vontade é a espinha dorsal da ação final.<sup>103</sup>

A teoria da ação finalista foi elaborada em contraposição a teoria causal e a insustentável separação da vontade e do seu conteúdo.<sup>104</sup> Para fazer essa readequação, houve a

<sup>102</sup> “La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal”. La “finalidade” o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidade no está dirigida desde que la pura causalidade no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstalmente concurrentes. Por eso, graficamente hablando, la finalidad es “vidente”, la causalidade es “ciega”.” (WELZEL, Hans. Teoria de la acción finalista. Buenos Aires: Astrea, 1951, p. 19-20).

<sup>103</sup> “Como la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad conciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espinha dorsal de la acción finalista.” (*Idem*, p. 20-21).

<sup>104</sup> “Welzel elaborou o *conceito finalista* em oposição ao conceito *causal* de ação, e principalmente à insustentável separação entre a *vontade e seu conteúdo*. Atribuiu-se à *teoria final da ação* o mérito de ter superado

inclusão do dolo e da culpa nos tipos penais; o conceito pessoal de injusto passou a levar em consideração os elementos pessoais e a culpabilidade passou a ser puramente normativa.<sup>105</sup>

O plano geral de Welzel era também o abandono do normativismo do pensamento neokantiano e a reestruturação da teoria do crime sobre bases ontológicas. A diferença era que essa reestruturação não foi feita lastreada na causalidade natural, pois Welzel se baseou em categorias lógico-objetivas preexistentes a toda a configuração jurídica, que deveriam ser observadas pelo legislador.<sup>106</sup>

Esse modo de pensar fez com que juristas definissem a autoria como algo puramente ontológico, presumindo-se que o Direito Penal não cria o conceito de conduta.<sup>107</sup> Na concepção de Eugênio Raúl Zaffaroni e de Nilo Batista, o autor não é algo normatizado. Qualquer conceito construído com objetivos político criminais deve ser atingido pela realidade social e essa funcionalidade política dos conceitos jurídico-penais não é um dado aleatório ou suprimível. A funcionalidade seria um dado ôntico.<sup>108</sup>

Defensores do finalismo apoiam-se em dados ônticos como limitador ao poder legiferante. Utilizam como contraste, para sua própria fundamentação, o pensamento de Günther Jakobs, o qual funcionaliza o conceito de ação pela necessidade do sistema de

a taxativa separação dos aspectos objetivos e subjetivos da ação e do próprio injusto, transformando, assim, o *injusto naturalístico* em *injusto* pessoal.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte geral. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 288).

<sup>105</sup> “Ahora una pequeña reflexión demuestra que en estos delitos no sólo la *intención* especial del autor, sino ya el *dolo* del autor, debe pertenecer al injusto, pues la intención de apropiarse una cosa ajena, puede tenerla sólo el que procede dolosamente hacia esta dirección. Una intención de apropiación es absolutamente incompatible con un actuar no doloso. De este modo se debe llegar a la conclusión de que, en los delitos con elementos subjetivos del injusto, el dolo pertenece ya a la acción y al tipo del injusto.” (*Op. cit.*, p. 30).

<sup>106</sup> “Contudo, diferentemente dos clássicos que se lastreavam na causalidade natural, a teoria desenvolvida por Welzel baseou-se em categorias lógico-objetivas preexistentes a toda a configuração jurídica, que não podem ser por ele modificadas, e que deveriam ser também observadas pelo legislador.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros Souza; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal. Parte geral. Arts. 1º a 120. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 169).

<sup>107</sup> “O Direito Penal não cria o conceito de conduta, ele o retira do mundo fenomênico dos fatos. Prova-se essa afirmativa porque, ainda que não houvesse o Direito, é óbvio que se realizariam ações.” (BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122).

<sup>108</sup> “Gostemos ou não, o mundo existe. Não podemos ignorar que os conceitos jurídicos que construímos dispõem de uma função política, sob pena de incidirmos em dupla contradição: a) qualquer conceito que se construa em atenção a objetivos políticos criminais deve aspirar a que tais objetivos sejam atingidos na realidade social, representando uma incoerência metodológica lançar-se a tal construção negando dados dessa realidade; b) a funcionalidade política dos conceitos jurídico-penais não constitui um dado aleatório, ou suprimível, pois a característica de afetarem de algum modo o exercício do poder punitivo significa que tais conceitos são sempre funcionais. A funcionalidade é assim um dado ôntico dos conceitos jurídico-penais. O que corresponde a fazer a uma metodologia consciente desse dado é incorporá-lo, no sentido de orientar a inexorável funcionalidade segundo certa intencionalidade construtiva, ou seja, postular-se como teleológica (a alternativa seria, ignorando ou não assumindo a funcionalidade dos conceitos jurídico-penais, contentar-se com uma sistemática classificatória).

A funcionalidade, estendida como efeito político dos conceitos jurídico-penais, é um dado ôntico que existe, percebamos ou não. Admitir que o mais inteligente a fazer é percebê-lo e dotar de intencionalidade a sistemática que se elabore não significa criar a funcionalidade, mas tão só descobri-la e orientá-la.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. Direito penal brasileiro. v. 2, I, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 58).

manutenção da validade da norma, recorrendo a regras de imputação absolutamente desvinculadas das estruturas lógico-objetivas da conduta.<sup>109</sup> Argumenta-se que, com a excessiva normatização, adotar-se-ia concepção que procuraria apartar as considerações de natureza ontológica, próprias do sistema finalista, o que promoveria a desconexão do Direito Penal da realidade na qual deve intervir.<sup>110</sup> Essa desconexão entre a representação mental e a realidade social geraria insegurança.<sup>111112</sup>

Nessa forma de pensar, o conceito de conduta é retirado do mundo dos fatos<sup>113</sup>, funcionando como elo entre o agir e os elementos do crime, possibilitando a sistematização

<sup>109</sup> “A. El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas - especialmente las jurídico-constitucionales.

B. 1. La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso - aun contradiciendo el lenguaje usual - se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora *bien jurídico-penal*.” (JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e de José Luís Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 44-45).

<sup>110</sup> “Jakobs funcionaliza o conceito de ação a critérios de necessidade do sistema de manutenção da validade da norma, recorrendo a regras de imputação absolutamente desvinculadas das estruturas lógico-objetivas da concepção finalista de conduta.

A sua posição provém da adoção de uma concepção que procura apartar as considerações de natureza ontológica, próprias do sistema finalista, o que promove a desconexão do direito penal da realidade na qual deve intervir.” (MINAHIM, Maria Auxiliadora; COELHO, Yuri Carneiro. A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no direito penal. In: PRADO, Luiz Régis (Coord.). Direito penal contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007, p. 104).

<sup>111</sup> “É possível constatar que, na contemporaneidade, muitas vezes os signos negligenciam sua necessária conexão semântica e o significante perde suas conexões com o objeto significado, afetando a capacidade de representação mental do sujeito em face da realidade social. Disso decorre um sentimento de incerteza na comunicação e, conseqüentemente, de insegurança jurídica, o que, em se tratando de direito penal, deve ser repudiado.” (*Idem*, p. 102).

<sup>112</sup> “O direito penal se vincula às estruturas lógico-objetivas, vinculação relativa, na medida em que, a valoração jurídica, como diz Regis Prado, há de recair necessariamente na unidade final-causal da ação, devendo-se salientar que a ação se constitui em uma das estruturas ontológicas do delito, por isto o necessário tratamento sobre o problema ontológico nesta discussão.

A proposta metodológica adotada, portanto, é de cunho objetivista, fundada no ser já dotado de conteúdo valorativo (o valor é inerente ao ser). O conceito é determinado pelas estruturas lógico-objetivas ou lógico-concretas (imanescentes à realidade) do objeto cognoscível.

As estruturas lógico-objetivas pertencem ao mundo do ser (ôntico), do real, mas já contêm em si uma dimensão de sentido, com a qual condicionam toda a valoração que sobre elas possa recair.

Desta sorte, fica consignado que a recorrência às estruturas lógico-objetivas como fundamento de ordem filosófica para a construção do direito penal não significa que se tenha que relegar-se o conteúdo valorativo a um segundo plano conceitual, ao contrário, na medida em que o valor é inerente ao ser, essa referência axiológica encontra-se permanentemente presente.

Dentro, portanto, dessa compreensão é que ressaltamos a importância do conceito de conduta de base onto-axiológica, visto que “a primeira estrutura lógico-objetiva apontada por Welzel é o conceito ontológico de ação humana como atividade dirigida a um fim”.” (*Idem*, p. 103).

<sup>113</sup> “O Direito Penal não cria o conceito de conduta, ele o retira do mundo fenomênico dos fatos. Prova-se essa afirmativa porque, ainda que não houvesse o Direito, é óbvio que se realizariam ações. Não se pode, pois, pensar

desses ditos elementos. Portanto, deve-se enfatizar que todos os elementos do crime se referem, de um modo ou de outro, à conduta humana.<sup>114</sup>

Claus Roxin ainda esclarece que, dentro da própria concepção welzeliana da ação, existiram duas espécies de finalismo. Em um primeiro momento, a ontologia era vista com significado social, mas, em um segundo período de reflexão, Welzel propôs uma ontologia livre de valores, realocando a adequação social não mais como exclusão do tipo penal, mas como uma causa de justificação.<sup>115</sup>

Não obstante a importância de se vincular a dogmática penal às estruturas lógico-objetivas, há de se reconhecer que, levado a efeito e às últimas consequências esse modo de pensar, não seria mais possível fornecer respostas satisfatórias para determinadas situações sem que a concepção normativa vinculasse um comportamento a um fato.

A omissão, desvinculada de qualquer normatização, é uma constatação de inércia e nada mais.<sup>116</sup> Se não houver uma norma, apontando que condutas omissivas penalmente relevantes devem ser punidas, dificilmente se encontrarão sustentáculos de indicação da autoria. Sem que exista uma norma, o responsável por empreendimento potencialmente poluidor, em que pese ter o poder de determinar que algo seja implementado para evitar um dano, não poderá ser apontado como autor pela conduta de outrem, ainda que essa conduta seja praticada por um subordinado.

---

em vida humana sem o agir. E esse conceito de conduta, retirado do mundo dos fatos, funciona como o elo de ligação entre os elementos do crime, possibilitando a sistematização desses ditos elementos.” (BRANDÃO, 2008, p. 122).

<sup>114</sup> “A necessidade da existência de uma conduta para a constituição do conceito de crime, fato que hoje parece óbvio, é uma grande conquista de um direito penal liberal, voltado para a proteção dos bens jurídicos vitais para o homem e a sociedade. Todavia, em tempos remotos, o direito penal prescindiu do conceito de conduta para aplicar a pena. Desse modo, até coisas e animais poderiam ser punidos.” (*Idem*, p. 122).

<sup>115</sup> “Ao acentuar o significado da realidade ontológica para o Direito Penal o finalismo refere-se a duas estruturas diferenciadas, sem jamais tê-las esclarecido ou separado suficientemente: de um lado tem-se o significativo mundo da vida social com todas as suas referências; e de outro, a lei do “ser”, que vale eternamente e dispensa qualquer referibilidade às mudanças sociais. O primeiro ponto de partida, que dominou a fase inicial de Welzel nos anos 30, foi extremamente fecundo para o desenvolvimento da teoria da adequação social. O segundo, desenvolvido mais tarde, e mais importante para o sistema gerado por Welzel, traz consigo a análise do conceito de ação e suas consequências. (...) Esta ontologia “livre de valores determinou resultados que se desviaram consideravelmente da “ontologia social” do primeiro período de Welzel. Dentre elas, Welzel realocou a adequação social não mais como exclusão do tipo penal, mas como causa de justificação; esta novidade foi também abandonada por ele no fim de sua vida, quando a teoria da adequação social já tinha apenas importância marginal.” (ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências*. Tradução de Marina Pinhão Coelho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 11-13, mar./abr. 2007).

<sup>116</sup> “É necessário vislumbrar, portanto, que a inicial percepção quanto à omissão surge, justamente, em um ambiente naturalístico, no qual a omissão é vista de um aspecto físico-externo, sob o entendimento de um nada, de um não-ser, e da ideia de que do nada, nada surge.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: A omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 81).

Embora Hans Joachim Hirsch tentasse justificar a atualidade da teoria finalista mesmo com os tipos omissivos<sup>117</sup>, conjugando com a teoria da imputação objetiva<sup>118</sup>, a vinculação somente às estruturas-lógico objetivas não responde aos questionamentos mais sérios da dogmática penal empresarial, pois se exige uma norma que vincule a conduta omissiva ao resultado.

Entre as críticas ao finalismo, Roxin destaca que a estrutura ontológica da ação pré-afirmaria ao legislador determinados resultados obrigatórios, o que, ao seu ver, é insustentável.<sup>119</sup> Nessa quadra, afirma que é um erro pensar que a estrutura abstrata fixa limites ao legislador ou à interpretação judicial, pois resultados permanentes de direito natural não existem. O que existe são vínculos limitados a dados culturais e sociais.<sup>120</sup>

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, independentemente dos méritos alcançados com a teoria finalista, o pretense ontologismo que estaria na base do sistema transformou-se no mais inflexível conceitualismo, não mais admissível em razão das necessárias opções político

---

<sup>117</sup> “Los mandatos existentes tras los delitos omissivos tienen por objeto una acción en el sentido elaborado por el “finalismo”; precisamente la acción que debe llevar a cabo el autor, normalmente una acción de salvación. Mientras que en los delitos cometidos por vía activa el hecho consiste en una acción realizada, en los delitos omissivos consiste en su no-realización. En esta medida se trata, por tanto, de una diferencia como la que media entre “a” y “no a”. Los presupuestos del delito omissivo se determinan por ello de forma autónoma. Se muestran con esto que en ellos el dolo ya pertenece al tipo del injusto, ya que en la pregunta acerca de si llevó a cabo o no la acción voluntaria, la decisión a favor o en contra de la salvación adquiere ya relevancia en la esfera del injusto. (HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 98-99, mar./abr. 2007).

<sup>118</sup> “Como se ha mostrado con anterioridad los conocimientos con anterioridad los conocimientos producidos tras *Welzel*, p. ej. en la teoría de la imputación objetiva de Roxin, pueden ubicarse sin dificultad en el sistema dogmático del “finalismo” y ser dotados aquí de la ineludible explicación dogmática. Se puede, p. ej., poner de relieve que conclusiones obtenidas sólo casuísticamente pueden explicarse por lo demás como cuestiones generales de la estructura de las acciones humanas.” (*Idem*, p. 86).

<sup>119</sup> “Primeiramente, a tese da estrutura ontológica da ação, que pré-afirmaria ao legislador determinados resultados obrigatórios, e que assim colocaria uma fronteira ao poder, apesar de fascinante, é totalmente insustentável.” (ROXIN, 2007, p. 21).

<sup>120</sup> “É um erro fundamental pensar que a estrutura ontológica abstrata fixa limites ao legislador ou à interpretação judicial, e torna obrigatória algumas soluções para problemas determinados. Neste ponto a tendência antipositivista do finalismo cai no vazio. Resultados permanentes de direito natural não existem aqui. Existe sim, como já demonstrado, um vínculo limitado em dados culturais e sociais, pelo qual merece o finalismo seus méritos. No entanto, o vínculo decisivo que deve se impor ao legislador é o reconhecimento dos direitos invioláveis do homem e seu direito de liberdade, portanto, axiomas normativos, conforme desenvolvimento do direito atual.” (*Idem*, p. 23).

criminais do legislador e para a atividade concretizadora do intérprete e do aplicador.<sup>121</sup> O puro ontologismo seria inconciliável com uma ciência eminentemente normativa.<sup>122</sup>

Com efeito, a partir da década de 60 do século passado surgiram, na Alemanha, críticas ao sistema finalista, tendo em vista que essa corrente não tinha êxito na explicação de categorias como a tentativa, os crimes omissivos, os crimes culposos, além de que a concepção da culpabilidade seria inadequada ao Direito Penal moderno. Com isso, passou-se a denominar de corrente funcionalista-teleológica quando vinculadas ao pensamento de Roxin e funcionalista-sistêmica quando atreladas ao pensamento de Jakobs.<sup>123</sup>

Roxin, na década de 1970, lançou as bases do funcionalismo penal, rechaçando o ponto de partida pelo finalismo. Com isso, preconizou giro normativista, vinculando as categorias do delito às finalidades do Direito Penal.<sup>124</sup>

Essa nova sistematização não era absolutamente nova, pois lembrava a tradição metodológica neokantiana. Entretanto, com a nova proposta, substituiu-se a vaga orientação a superiores valores culturais por um critério de sistematização especificamente jurídico-penal com finalidades preventivo-social e preventivo-especial.<sup>125</sup>

De maneira diversa da proposta teórica de Roxin, Jakobs radicaliza o normativismo, desvinculando o conceito de delito de qualquer consideração ontológica, com claro antagonismo do que preconizava Welzel. Nessa quadra, o funcionalismo sistêmico de Jakobs difere do funcionalismo teleológico racional de Roxin, pois, além de a norma dever estar

---

<sup>121</sup> “O pretenso *ontologismo* que estaria na base do sistema - e que faria dele um sistema imutável, válido para todos os tempos e lugares - acabou por desembocar no mais refinado e inflexível *conceitualismo*, face ao qual pouco resta para as opções jurídico-políticas (e, no que aqui interessa, político-criminais) do legislador e para a atividade concretizadora do intérprete e aplicador: tudo residiria afinal e só em determinar as *estruturas lógico-materiais* ínsitas nos conceitos usados pelo legislador, e a partir delas *deduzir* a regulamentação ou a solução aplicáveis ao caso.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: Parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 246).

<sup>122</sup> “Por fim, evidenciou-se o grande problema metodológico na teoria de Welzel: a dificuldade em condicionar uma ciência eminentemente normativa, como o Direito, à ideia pré-normativa (ontológica) das estruturas lógico-objetivas. O ser (o mundo real) é e sempre será aquilo que os homens, com suas normas, suas leis, com sua organização social, entender que deva ser. A valoração do real é inerente à ciência jurídica.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 195).

<sup>123</sup> “Ocorre que, a partir da década de 60 do século passado, surgiram correntes no âmbito do direito penal alemão que estabeleciam um conjunto de críticas ao sistema finalista da ação, mais precisamente ao conceito de conduta desenvolvido pelo sistema finalista, argumentando que este não tinha êxito na explicação de categorias como a tentativa, os crimes omissivos, os crimes culposos, além de que a concepção de culpabilidade no sistema finalista também seria, no entendimento dessas novas correntes, inadequada ao denominado direito penal moderno, afastando-se de um conceito ontológico de conduta para o direito penal.” (MINAHIM; COELHO, 2007, p. 103).

<sup>124</sup> “A partir dos anos 1970, o sistema do Direito Penal encontrava-se exaurido em razão de discussões abstratas infundáveis, demandando ser submetido a um profundo processo de revisão.” (SOUZA; JAPIASSÚ, *Op. cit.*, 171).

<sup>125</sup> “Substituiu-se, contudo, a vaga orientação a superiores valores culturais por um critério de sistematização especificamente jurídico-penal: as bases político-criminais da moderna teoria dos fins da pena preventivo-geral e preventivo-especial.” (*Idem*, p. 171-172).

orientada à estabilização social, Jakobs desconsidera a possibilidade de existência de bens jurídicos.<sup>126</sup>

A posição radical do funcionalismo é criticada por Artur de Brito Gueiros Souza e por Carlos Eduardo Adriano Japiassú, pois, na perspectiva funcional de Jakobs, se não existisse orientação político-criminal, poderia ser utilizada por qualquer modelo de Estado, inclusive totalitário e escravocrata.<sup>127</sup>

Dentro exclusivamente da teoria dos papéis, defendido por Jakobs, poderia se pensar na drástica responsabilidade de um sócio-dirigente por fatos praticados por subordinados, sem que tivesse conhecimento ou influenciado a conduta do empregado.<sup>128</sup> Esse modo de ver o Direito Penal, com origem no pensamento de Luhmann<sup>129</sup>, tem como preferência inclinar-se pelos fundamentos dos sistemas sociais em vez dos conceitos de ação individual.<sup>130131</sup>

A normatização da conduta, entretanto, também não explica suficientemente casos de inserção de sócios fictícios. Pura determinação legislativa de que sócios são responsáveis pelos atos da empresa poderia acarretar a responsabilidade objetiva. Com efeito, não é incomum no ambiente forense se constatar que pessoas que não figuram no contrato social possuam o poder de fato e perceber outras que, não raras as vezes, nem sequer sabem que seus nomes foram utilizados indevidamente.

<sup>126</sup> “Günther Jakobs é o principal opositor da teoria constitucional de tutela de bens jurídicos, porque defende que a finalidade do direito penal não é a tutela de tais bens, e sim a “proteção da vigência da norma”.” (MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. Lições fundamentais de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97).

<sup>127</sup> “Ocorre, porém, que por não possuir nenhuma orientação político-criminal, a perspectiva funcional de Günther Jakobs pode ser utilizada por qualquer modelo de Estado, inclusive por um Estado totalitário ou escravocrata. Portanto, a teoria sistêmica como fundamento do Direito Penal é estéril quanto ao seu conteúdo.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 174).

<sup>128</sup> “La pena es un instrumento para resolver las defraudaciones de expectativas que no pueden ser estabilizadas de otra manera en la medida en que el delito perturba la confianza de que ciertas posibilidades se vayan desechando de la vida social. Lo importante no es lo que subjetivamente manifieste el autor, sino que objetivamente para la sociedad el delito significa que las cosas podrían ser de otra manera (contingencia).” (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Normativización del derecho penal y realidad social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 47).

<sup>129</sup> “Una de las afirmaciones más escandalosas de la teoría de Luhmann es que como considera que la sociedad sólo está compuesta de comunicaciones, los seres humanos - que son sistemas autorreferentes que tienen en la conciencia y en lenguaje su propio modo de operación autopoética - son entorno de la sociedad, pero no componentes de la misma (a diferencia de lo que ciertos desconocedores de su teoría le critican).” (*Idem*, p. 28).

<sup>130</sup> “Luhmann, a través de su teoría sistémica basada en el constructivismo (epistemológico) y la idea de autopoiesis de origen biológico modificada por el propio Luhmann y aplicada a los sistemas sociales, acaba prescindiendo absolutamente del concepto tradicional de acción y de sujeto individual y reduce todos los fenómenos sociales a comunicación, entendida ésta en un sentido sistémico o cibernético (como una síntesis de información, participación y comprensión).” (*Idem*, p. 23).

<sup>131</sup> “En el marco de esta teoría la persona pasa a ser un ente que ocupa un lugar demasiado marginal dentro del sistema social. Esa marginalidad producto del desacoplamiento entre individuos y orden social produce serios problemas para desarrollar una teoría coherente del derecho penal.” (*Idem*, p. 31).

Nessa toada, quer se dizer com isso que, no âmbito do Direito Penal, não deve ser admissível colocar a pessoa em segundo plano, como sugere o funcionalismo sistêmico.<sup>132</sup> A normatização da conduta, com o intuito de eliminar barreiras de proteção ao bem jurídico, não podem ser erguidas a tal ponto de confundir com responsabilidade objetiva ou transmutar dados ônticos distorcidos do carácter funcional da proteção que se pretenda conferir.<sup>133</sup>

Portanto, é necessário conciliar essas características fenomenológicas.

#### 1.4.1 Simbiose entre ontologismo e normativismo na conduta punível

Conforme verificado, Claus Roxin entende que para se delimitarem conceitos jurídicos não é possível buscá-los em ontologismo sócio-cultural puro. Contudo, ao mesmo tempo afirma que não poderá se socorrer de um normativismo livre de dados empíricos.<sup>134</sup> Em verdade, esse pensamento não é totalmente dissonante ou contrastante com parcela dos adeptos do finalismo (pós-finalistas), nem mesmo do funcionalismo radical em determinados sistemas. Segundo Jorge de Figueiredo Dias, a concepção atual do conceito de delito pode conduzir a uma certa “normatização da finalidade” ou, inversamente, a uma certa “finalização da normatividade”.<sup>135</sup>

Hans Joachim Hirsch, ao sustentar o finalismo, afirma que os objetos de valoração jurídico-penal não são reduzidos a um mero processo causal ou advindos de um modo

<sup>132</sup> “Una consecuencia coherente de este punto de partida es que la sociedad se compone de comunicaciones pero no de seres humanos. Éstos pertenecen al entorno de la sociedad: “Sin embargo los seres humanos no pueden comunicar, no es posible en ningún caso que sus cerebros puedan comunicar ni que su conciencia pueda comunicar. Sólo la comunicación puede comunicar”. Luhmann desindividualiza absolutamente el discurso separando total y radicalmente los procesos psíquicos de los sociales (aquéllos son sólo entorno para la comunicación) y percibe al individuo en la sociedad como un artefacto semántico, un constructo de los propios sistemas sociales o un producto de la auto-observación de la autopoiesis social.” (*Idem*, p. 26).

<sup>133</sup> “Por isso que para eliminar problemas probatórios se recorre frequentemente ao direito substantivo, de que é exemplo paradigmaticamente a tendência de parte da doutrina e da jurisprudência para imputar aos titulares dos órgãos de administração das sociedades todos os factos típicos penais que ocorram no interior da empresa e relativos à actividade social, responsabilizando-os objectivamente pelos factos que decorram da actividade empresarial na base de uma mera presunção de culpa que se pretende alicerçada num genérico dever de garante que impede sobre os gestores. Tenta-se desse modo assegurar a responsabilidade civil para as vítimas, dar satisfação à opinião pública mediatizada pelos órgãos de comunicação social e reafirmar, embora pervertendo-a, a função de prevenção geral do direito penal. Assim, em lugar da imputação fundamentada na causalidade da acção (naturalismo) ou da estrutura ontológica da acção (finalismo), passa-se neste domínio para a simples prevenção do risco de lesão dos bens jurídicos (funcionalismo).” (SILVA, 2009, p. 16).

<sup>134</sup> “A legislação e a jurisprudência têm, portanto, considerável esfera de decisão para precisar conceitos delineados social e culturalmente, na qual nem um ontologismo sócio-cultural puro, nem um normativismo livre de dados empíricos seriam corretos. Estas duas formas procedimentais devem se imiscuir no processo de obtenção dos conceitos jurídicos.” (ROXIN, 2007, p. 16).

<sup>135</sup> “No que toca a maneira de aqui ver as coisas, porém, nem por isso se qualificará com razão de *intermediário* o esboço sistemático que em seguida será apresentado, como se ele quisesse representar uma qualquer *via per mezzo* entre as construções normativista e finalista. Decerto, qualquer concepção actual do conceito de facto punível poderá sempre reconduzir-se ou a uma certa “normatização da finalidade” ou inversamente a uma certa “finalização da normatividade”. (DIAS, 2007, p. 249).

puramente normativo.<sup>136</sup> Reconhece que, junto aos pressupostos lógico-objetivos, há de se levar em consideração os fenômenos sociais gerais, mas que não se trata de uma posição entre o ôntico e o social-normativo, senão da relação entre as estruturas da matéria de regulação e o Direito.<sup>137</sup><sup>138</sup> Roxin afirma que o finalismo segue sendo relevante com suas contribuições, como é o caso da inclusão do dolo no tipo, as regras de erro de proibição em conformidade com a teoria da culpabilidade e com a contemplação do desvalor da ação como exigência do injusto. Adverte também que essas contribuições não são privativas do modo finalista de ver a ação, mas também fazem parte do modelo normativo.<sup>139</sup>

Sobre o funcionalismo de Günther Jakobs, Roxin também reconhece que aquele sistema possui algumas convergências com suas teses (apesar da distinção metodológica), como é o caso de rejeição do ponto de partida ontológico do finalismo e a defesa de

---

<sup>136</sup> “El “finalismo” se dirige tanto contra una forma exclusivamente físico-natural de dogmático jurídico-penal como contra una forma normativista. No se trata de reducir los objetos de la valoración jurídico-penal al mero proceso causal (p. ej.: la acción como causar un resultado o la injuria como originar una onda de sonido) o fomarlos de un modo puramente normativo (algo de actualidad hasta hoy), sino de deducirlos de la realidad, para lo cual se debe observar, dentro del sistema teórico-normativo, sus estructuras pre-jurídicas y la lógica objetiva que se desprende de ellas. Si se piensa, p. ej. en las normas sobre inducción, se debe observar antes que nada cómo está estructurado pre-jurídicamente este fenómeno y con ello reconocer, entre otros aspectos, que su propiedad esencial es la producción de una determinación a actuar. Y como conexión lógico-objetiva aparece la relación de accesoriedad entre la inducción y el comportamiento del inducido que já sido ocasionado por ella (HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 79, mar./abr. 2007).

<sup>137</sup> “La objeción de mayor peso que há sido dirigida al “finalismo” dice que pretende derivar decisiones jurídicas de la ontología. Se trataría de una suerte de representación iusnaturalista.

Correcto es - como ya se mostró al comienzo - que el “finalismo” exige observar las estructuras y el contenido concreto de los objetos a los cuales está vinculado el ordenamiento jurídico en sus regulaciones. Aquí se trata sólo en parte de hallazgos ontológicos (p. ej., en los conceptos de acción y de causalidad). Junto a ello entran en consideración también fenómenos sociales generales (p. ej.: la culpabilidad, el honor, etc.). Por ello, analizado con precisión no se trata de una posición entre lo ôntico y lo social-normativo, sino de la relación entre las estructuras de la materia de regulación y el derecho. El derecho no inventa la realidad que ya le viene dada. Una verdad tan simple y las consecuencias que de ella se derivan metodológicamente no tienen nada que ver con el derecho natural.” (*Idem*, p. 86).

<sup>138</sup> “Por cierto, es posible que alguno de los representantes del “finalismo” haya utilizado la palabra “ontológico” frecuentemente para fundamentar sus tesis, tal como ello há sido justificado, y así ocasionar, en el ámbito parcial correspondiente, la impresión de una cierta anemia argumental. Ya se sabe: ninguna teoría es inmune a las exageraciones. Ante todo, sin embargo, el “finalismo” no há tenido la intención de ele sus fundamentos al rango de principios positivos.” (*Idem*, p. 87).

<sup>139</sup> “La teoría final de la acción tiene actualmente en Alemania tan sólo unos cuantos defensores. No obstante sigue siendo relevante, porque en algunos puntos importantes ha ejercido una influencia en la Ciencia penal alemana que posiblemente nunca desaparecerá. Es lo que sucede con la inclusión del dolo en el tipo, con la aceptación en el Código penal (parágrafo 17) de las reglas del error de prohibición de conformidad con la teoría de la culpabilidad y con la contemplación del desvalor de acción como exigencia del injusto, que há abonado el terreno de la moderna teoría de la imprudencia. Pero todo esto tampoco es debido al concepto de acción, sino que su corrección viene dada desde módulos normativos.” (ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 42-43).

reelaboração normativa das categorias dogmáticas.<sup>140</sup> Reconhece também que, no atual sistema político-jurídico, não haveria maiores problemas quanto à sua aplicação.<sup>141</sup>

Essas ponderações parecem ser a pedra de toque para salvaguardar a autoria em qualquer espécie delitiva. Por certo, as críticas dos defensores das bases lógico-objetivas devem ser levadas em consideração, mas não se pode olvidar da conexão do objeto com a realidade funcional per si.<sup>142</sup>

Juarez Cirino dos Santos, por exemplo, explica que o modelo normativo define a relação do autor com o mundo social. Essa perspectiva parte do pressuposto da existência de comportamentos integrantes de grupos sociais em sua orientação conforme valores comuns e não por comportamento de um ator isolado.<sup>143</sup>

Neste ponto, convém destacar as ideias Bernd Schünemann que se amoldam a visão de Roxin sobre a ação penal. Schünemann, assim como Roxin, teceu críticas ao normativismo livre de empirismo em geral, bem como apresentou limites e déficits em uma dogmática jurídico-penal ontológica. Com relação ao normativismo, entende que conceitos elaborados unicamente sobre essa premissa são conceitos vazios<sup>144</sup> e a ação pode, dependendo da

<sup>140</sup> “JAKOBS comparte conmigo el rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y sostiene al igual que yo una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como <<tarea del Derecho penal>>” (*Idem*, p. 52).

<sup>141</sup> En cualquier caso sería errado e injusto predicar esto también respecto al Tratado de Jakobs, que contiene gran número de propuestas originales, inteligentes y fructíferas. Ellos se debe a que Jakobs aplica al Derecho penal vigente el procedimiento metodológico y el instrumental conceptual de la teoría social sistémica, cuyos contenidos son deducibles de la Ley y de la Constitución: naturalmente también para Jakobs ellos son obligatorios y tiene que elaborarlos en el plano teórico-sistémico. Su proceso de imputación preventivo general comprende, por tanto, la premisa de la libertad y la dignidad personal de cada individuo (no porque eso tenga que ser así, sino porque la sociedad así lo quiere) y sobre esta base Jakobs llega en muchos ámbitos a soluciones semejantes a las que yo sostengo. Es lo que sucede, por ejemplo, con la teoría de la imputación objetiva y con las causas de exclusión de la culpabilidad, que también él reconduce a la falta de necesidad preventiva del castigo (si bien él, de acuerdo con su premisa, la basa exclusivamente en la falta de consideraciones preventivo generales y no también especiales). De esta forma, encuentro en Jakobs muchos puntos de conexión con mis ideas así como muchas sugerencias fructíferas. Sólo que estas coincidencias se basan no tanto en la teoría sistémica como en lo que Jakobs denomina <<la autodescripción>> de nuestra sociedad actual. Porque naturalmente de esta <autodescripción>> he derivado yo los postulados políticos criminales que fundan mi sistema.” (*Idem*, p. 54-55).

<sup>142</sup> “É possível constatar que, na contemporaneidade, muitas vezes os signos negligenciam sua necessária conexão com o objeto significado, afetando a capacidade de representação mental do sujeito em face da realidade social. Disso decorre um sentimento de incerteza na comunicação e, conseqüentemente, de insegurança jurídica, o que, em se tratando de direito penal, deve ser repudiado.” (MINAHIM; COELHO, 2007, p. 102).

<sup>143</sup> “O modelo *normativo* define ação pela relação do ator com o mundo social/objetivo, como comportamento de integrantes de grupos sociais em sua orientação conforme valores comuns - e não pelo comportamento de um ator isolado no encontro de outros atores ou ambientes.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte geral. 6. ed. atual. e ampl. Curitiba: ICPC, 2014, p. 81).

<sup>144</sup> “Una formación de conceptos puramente normativista, es decir, libre de empirismo en el sentido de Jakobs, debe trabajar forzosamente con conceptos vacíos, que en realidad no resuelven el problema jurídico sino que sólo lo parafrasean y de ahí que acto seguido sean rellenos a gusto con contenido de un modo puramente decisionista.” (SCHÜNEMANN, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo em la dogmática jurídico-penal*. Obras \_\_\_\_\_. Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal, 2009, p. 195-196).

conjuntura estabelecida dogmáticamente, ser definida como uma lesão da norma.<sup>145</sup> No mesmo tom, apresenta as críticas aos critérios puramente ontológicos ao afirmar que a crença de se resolver todo o problema de imputação penal pela racionalidade ontológica acabaria não somente em uma falácia naturalista como em também uma série de teorias sem sentido.<sup>146</sup>

Tendo em vista essas considerações, Schünemann adota uma posição sincrética, pela qual entende imprescindível conjugar os dados ônticos com o normativismo para se dar uma resposta penal adequada às celeumas criminais que surgem no Direito Penal Econômico. Os pontos de vista normativista e ontologista não se excluem entre si, mas se complementam. Segundo esse jurista alemão, os argumentos normativos e empíricos são vinculados e se entrelaçam como uma *roda dentada* (denominação utilizada), uma vez que os juízos normativos se referem sempre à realidade e são emitidos no marco de linguagem coloquial. Com isso, quer se dizer que, dogmáticamente, não deve se desenvolver normas de forma arbitrária, ou seja, sem que se reproduza a realidade.<sup>147</sup>

Jesús-Maria Silva Sánchez, por sua vez, assinala que a teoria do delito abordada sob o ângulo do Direito Penal Econômico não é uma teoria naturalista e que o desenvolvimento

---

<sup>145</sup> “Mi crítica de contenido, expresada ya muchas veces y que aquí no será repetida, llega en este momento a una decisiva cumbre metódica, pues de este modo también el concepto de culpabilidad se ha convertido en circular, desde que Jakobs no ve más el fin de la pena en un efecto preventivo fuera de su aplicación demostrable empíricamente, sino en el sentido de Hegel en la mera negación del hecho. Y lo mismo ocurre con el concepto de “daño a la validez de la norma”, pues éste es para Jakobs idéntico a la lesión a la norma. En consecuencia, la acción es definida a través de la lesión a la norma y, como la lesión a la norma supone una acción, con esta argumentación nos encontramos dando vueltas en círculo como en una sardana.” (*Idem*, p. 197).

<sup>146</sup> “Por supuesto que los resultados hasta aquí obtenidos no significan de ninguna manera que debiéramos retornar, por ejemplo, a un ontologismo en el sentido del naturalismo penal dominante en Alemania entre los años 1870 y 1900. Su creencia de poder resolver todo problema de imputación penal mediante el concepto ontológico causal acaba no sólo en una burla falacia naturalista, sino también en la formulación de toda una serie de teorías sin sentido, que han conducido a la ciencia jurídico-penal alemana a muchos extravíos y aúnho y son para ella en parte una carga.” (*Idem*, p. 200).

<sup>147</sup> “Parece casi una perogrullada resumir mis reflexiones diciendo que el Derecho tiene que tomar cuenta a la realidad, pero que ello, sin embargo, sólo puede ser apreciado a través de un análisis sutil según el caso, que consista en averiguar si una regulación jurídica determinada está en contradicción con las circunstancias naturales o si sólo las descuida de buena razón como irrelevantes en el contexto de la propia regulación. Esto me conduce a dos tesis finales que a su vez quisiera explicar a través de dos ejemplos: (1) En una aplicación correcta de la dogmática jurídico-penal, los puntos de vista normativista y ontologista no se excluyen entre sí, sino que se complementan uno al otro. En efecto, el punto de partida normativo decide qué estructuras de la realidad son relevantes jurídicamente. Al mismo tiempo, en el ulterior desarrollo y concretización de los principios normativos, deben ser tomados en consideración los detalles de la estructura de aquel sector de la realidad que este declarado normativamente como relevante. (2) En el discurso dogmático concreto, los argumentos normativos y empíricos van vinculados unos con otros y se entrelazan como en una rueda dentada con lo cual no se llega por lo general a conflictos o contradicciones, ya que los juicios normativos se refieren siempre a la realidad y son emitidos en el marco de lenguaje coloquial, el que no se desarrolla arbitrariamente, sino que en la mayoría de los casos reproduce siempre la realidad.” (*Idem*, p. 212-213).

dessa matéria nos últimos anos tem se movimentado entre opções normativistas de diversos sinais.<sup>148</sup>

Dito dessa forma, é de se anuir com Schünemann ao utilizar a elucidativa expressão de “roda dentada” sobre a relação entre normativismo e ontologismo da conduta. Essa figura se amolda à relatividade valorativa que se pode ter inclusive sobre a realidade lógico-objetiva. A força normativa, dentro de um critério funcionalista, pode ser de tal forma a ponto de impor o padrão de conduta exigido político-criminalmente, sem que altere a natureza das coisas. Do brocardo jurídico *societas delinquere non potest* criou-se o entendimento de parte da doutrina de que pessoas jurídicas não poderiam delinquir. Esse mito partia de uma realidade lógico-objetiva de que a sociedade empresarial é um ente abstrato desprovido de conduta humana. Sendo assim, somente uma pessoa, por ser dotada de alguns atributos, como a compreensão, poderia ser sujeito ativo do crime. No entanto, por critérios de demanda de proteção a bens jurídicos, afetos à mencionada política criminal, passou-se a admitir que, juridicamente, a conduta da empresa fosse apreciada sobre outros pressupostos.

Com efeito, no âmbito da responsabilidade individual, questiona-se se poderia prescindir do elemento consciência e vontade na conduta dolosa. Se o objetivo da norma é manter o funcionamento do sistema, poderia a normatização da conduta impor elevado padrão de vigilância sobre os atos praticados pelos seus subordinados que tenham estreita pertinência com a atividade fim do ambiente corporativo? Permaneceriam os dirigentes vinculados a resultados que pudessem advir de outrem mediante a integral delegabilidade das funções?

O princípio da culpabilidade deve ser aplicado no campo dos delitos econômicos, recomendação também da AIDP (Cairo, 1984)<sup>149</sup> e o sistema de Justiça Penal adotado pelo nosso ordenamento jurídico demanda a culpabilidade como elemento essencial para o repúdio

<sup>148</sup> “La teoría del delito que ha de abordar los retos del Derecho penal económico no es ya una teoría naturalista. La evolución de la teoría del delito en los últimos cuarenta años se mueve, en efecto, entre opciones normativistas de diverso signo. El modelo clásico del delito doloso de acción, asentado sobre las nociones tendencialmente empíricas de causalidad, dominio e intención, se halla superado. Se ha señalado que el paradigma del Derecho penal del presente y del futuro es el delito de omisión imprudente. Por mi parte, lo expresaría en términos similares pero algo más incisivos: a mi juicio, el paradigma del delito del presente y del futuro es “la estafa (o la administración desleal) cometida por omisión y dolo eventual en el contexto de negocios de riesgo.” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 10-11).

<sup>149</sup> “Culpability and criminal liability. 11. As a general rule of penal law, the principle of culpability should be applied in the field of economic and business offenses. Where strict liability offenses exist, they should at least be subject to the defence of impossibility. Reform efforts should be directed to abolish strict liability offenses as quickly as possible. 12. Criminal liability of directors and supervisors for offenses committed by employees should be recognized when there is both a breach of the specific duty of supervision by, and personal culpability (at least negligence) of, the director or supervisor. The general principles of participation are not affected by this recommendation.” Resolutions of the Congress of The International Association of Penal Law (1926-2014), International Review of Penal Law. 2015, p. 339. Disponível em: <<http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20EN.pdf>> Acesso em: 10 set. 2016.

à responsabilidade penal objetiva. No entanto, não define precisamente em que termos a culpabilidade se manifesta.<sup>150</sup>

Para se fazer um balanço entre a proteção do bem jurídico e a criação de um sistema justo que impute a responsabilidade penal ao indivíduo é necessário existir certo consenso de que a norma pode impor determinados comportamentos que possam ser previsíveis e que, para isso, no mínimo, o sujeito deve ter conhecimento do panorama dos acontecimentos. Além desse conhecimento, é imprescindível que, ao ter conhecimento, a pessoa responsável pela proteção do bem jurídico tenha a possibilidade de agir ou de evitar o resultado.

No âmbito da delinquência econômica empresarial, Schünemann ainda enumera os quatro pilares nos quais o poder de direção da empresa se apoia. Esses pilares são aqueles mesmos enunciados nas estruturas e características dos delitos empresariais. As empresas se apoiam em uma estrutura hierárquica, distribuição de trabalho, a formação de um sistema de conduta e o poder de determinação dos meios de produção objetivos.<sup>151</sup>

Essas considerações, que podem ser consideradas no âmbito lógico-objetivo, parecem ser essenciais para que se desenvolva um sistema normativo justo.

## 1.5 Conclusão

A responsabilidade penal individual no âmbito do Direito Penal Econômico, sobretudo na seara do Direito Penal Empresarial, não pode ser desconsiderada na ciência penal, porquanto é matéria que cada vez mais reclama solução justa e adequada.

Os diversos casos que se deparam no dia a dia forense demonstram que essa justa apreciação necessita superar um emaranhado de relações que podem ser mais complexas à medida em que a organização empresarial seja maior. Essa apreciação deve ser focada na preservação do bem jurídico, averiguando quem são as pessoas que podem oferecer maiores riscos para o ordenamento jurídico.

---

<sup>150</sup> “Ciertamente, todos los estudios sobre los delitos de empresa coinciden en atribuir especial relevancia a la estructura organizativa que es inherente a tal entidad. Esta dimensión de organización se ha tomado incluso como fundamento de la responsabilidad penal de las empresas mismas (culpabilidad por defecto de organización) o, en todo caso, de la imposición de consecuencias jurídico-penales a aquéllas (organización defectuosa como estado de cosas peligroso para los bienes jurídicos). Al analizar la responsabilidad individual de sus integrantes, la actuación en el marco de una organización se considera muchas veces como un elemento agravatorio, reflejo de un mayor contenido de injusto, ya sea por el correspondiente incremento del riesgo para el bien jurídico, ya por la especial virtualidad de negación del Derecho que ello entraña.” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 48).

<sup>151</sup> SCHÜNEMANN, 2002, p. 131-132.

Importante, então, saber como apreciar a responsabilidade penal de cada interveniente, suscitando, com isso, como deve ser averiguado cada grau de intervenção, pois diferentes são as grandezas das sociedades empresariais.

Embora não se tenha alcançado âmbito de proteção bem delimitado pelo Direito Penal Económico, o Direito Penal Empresarial demanda densidade normativa superior, se comparado com o Direito Penal clássico. Nessa toada, faz-se importante a distinção entre criminalidade na empresa e criminalidade de empresa para racionalizar a responsabilidade do empresário por atos empresariais cometidos por subordinados.

Essa adequada responsabilidade não deve vir sem a conjugação dos princípios tradicionais aplicados à criminalidade individual, que passa sobre uma relação necessária entre o ontologismo e o normativismo das condutas, tanto comissivas quanto omissivas.

## 2 CONCURSO DE AGENTES E DELIMITAÇÃO DA AUTORIA E DA PARTICIPAÇÃO

O concurso de agentes é um assunto desafiador. O empreendimento legislativo nesta temática é árduo, pois existem diversas concepções sobre uma natureza complexa a ser regulada.<sup>152</sup>

A matéria em questão trata de disciplina que aborda a participação *lato sensu* de pessoas que, em comunhão de desígnios, propõem-se a praticar conduta enquadrada como crime pela legislação. Essa forma de participação pode ocorrer mediante a conjugação de esforços de dois ou mais autores, ou de, pelo menos um autor e mais um partícipe ou mais partícipes.<sup>153</sup>

Para que se possa falar em concurso de agentes é imprescindível averiguar a existência de pluralidade de indivíduos e de condutas, a relevância causal de cada uma delas, o liame subjetivo entre os participantes e a identidade de infração penal. Uma conduta deve estar prevista pelo verbo núcleo do tipo penal, e outra, no mínimo, deve instigar, induzir, auxiliar moral ou materialmente.<sup>154</sup>

Conforme visto no capítulo anterior, discorreu-se sobre elementos que permeiam as teorias da ação, ou seja, sobre o ontologismo e o normativismo. Chegou-se à conclusão que, a forma mais adequada de se ver a autoria, seja no âmbito do Direito Penal clássico como no Direito Penal Econômico é a dinâmica relação entre aspectos normativos e as realidades lógico-objetivas da conduta. Esse pressuposto básico para análise da responsabilidade penal é importante porque a valoração da conduta é indissociável da sua identificação.

Cabe então verificar, com mais precisão, no que consistiria a distinção entre autoria e participação.

---

<sup>152</sup> “A dogmática da autoria e da participação é matéria de difícil apreensão legislativa. A natureza complexa da realidade a ser regulada e a abundância de concepções que se apresentam nas formulações dos teóricos tornam o empreendimento legislativo tormentoso. Kantorowicz enunciou certa vez tratar-se do <<mais obscuro e confuso capítulo do direito penal>>, Zimmerl afirmou, com relativo pesar, tratar-se de <<desesperançoso capítulo da ciência jurídico-penal>> e Leiria, entre nós, sentenciou estarmos diante de <<complexo e controvertido problema>>.” (GRECO, Luís; LEITE, Alair. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. *Autoria e participação no projeto de código penal (PLS 236/2012)*. In: \_\_\_\_\_ et al. *Autoria como domínio do fato*. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 171-172).

<sup>153</sup> “Denomina-se concurso de pessoas ou concurso de agentes, codelinquência etc., como sendo a volitiva interveniência de várias pessoas no cometimento de um delito. Como se sabe, a grande maioria dos delitos pode ser praticada por uma só pessoa, mas circunstancialmente, é possível que a sua realização decorra da intencional participação de mais de um agente. Quando isso ocorre, surge a figura do concurso de pessoas.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 342).

<sup>154</sup> *Idem*, p. 346-347.

## 2.1 Distinção ontológica entre autoria e participação

Autor é o responsável pelo evento delitivo em uma conduta individual, ou autor é o principal ou um dos principais responsáveis pelo evento delitivo quando comparado a outros participantes do mesmo evento, cujas condutas devem ser consideradas de menor desvalor, ainda que o legislador não as diferencie. Esse é o sentido político-criminal que deve ser seguido.

Essa distinção existirá tanto em relação à realidade ôntica subjacente à cada conduta quanto em relação à inseparável valoração dela decorrente. Essa valoração estará presente com maior ênfase em crimes mais complexos.

Nessa esteira, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli entendem que autor e partícipe não podem ser normatizados, pois não são conceitos criados pelo Direito Penal, mas extraídos da realidade.<sup>155</sup> Embora se entenda que o legislador deva respeitar certas balizas, fato é que a normatização da conduta é uma realidade. A desconsideração de certas realidades lógico-objetivas é possível, mas com essa opção, em algumas hipóteses, pode se trazer a concepção de um sistema menos justo ou menos adaptado à realidade. Um sistema penal será mais justo se houver proporcionalidade de previsão de pena diferenciada entre distintos delitos, bem como distinta aplicação de penas para cada conduta relacionada ao mesmo fato, se assim existirem variados graus de intervenção.

As observações de Esther de Figueiredo Ferraz sobre a equiparação das condutas pelo Código Penal de 1940 são pertinentes e se mostram atuais. Aduzia que, mesmo com a opção pela equalização legal dos agentes do crime, continuarão a existir pessoas que executam o ato material típico e aqueles que praticam atos diversos. Entre estes, ainda que sejam considerados autores, sempre haverá os que concorrem com contribuição material ou com contribuição meramente psíquica. A lei poderia ignorar essas realidades, mas não teria forças para eliminar.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> “Tudo isso demonstra que os conceitos de autor, cúmplice e instigador não são conceitos criados pelo direito penal, e sim tomados da vida cotidiana, da realidade, do ôntico. Numa conduta de escrever o livro o conceito de autor não se distingue, fundamentalmente, do conceito de autor na conduta de escrever uma carta injuriosa. Chamamos de cúmplice ao que coopera com o autor, ao que lhe presta ajuda, e o conceito de cúmplice no direito penal não é distinto do que usamos quando nos referimos aos colaboradores em um prólogo e lhes agradecemos a ajuda. Tampouco aquele que nos incentiva com o conselho oportuno, ou com um oferecimento de dinheiro, para o empreendimento de uma obra, como conceito, se distingue do que nos incentiva a cometer um delito.” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. v. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006, p. 570).

<sup>156</sup> “Tal equiparação dos agentes do delito imposta *ex vi legis* terá, entretanto, eliminado as diferenças reais que distinguem as várias formas de participação? Terá feito desaparecerem as características fundamentais que tornam inconfundíveis as figuras do executor, do autor intelectual, do cooperador necessário, do cúmplice material ou moral?”

As participações no ato delitivo têm reconhecimentos variados a depender da teoria adotada. Alterando o embasamento teórico, muda-se a visão que se tem sobre a forma de manifestação da responsabilidade. Exemplo disso é a dificuldade de se justificar a autoria mediata na teoria formal-objetiva.

Dentro do âmbito classificatório, o presente trabalho não está atrelado aos conceitos extensivo e restritivo de autor. Além de não se verificar uniformidade na matéria, não se pode perder a percepção de que ser extensivo ou restritivo é um conceito relacional, ou seja, sempre é extensivo ou restritivo em relação a alguma coisa. Pondera-se aqui que, caso sejam utilizados esses conceitos, a abordagem deveria ser feita como indicada por João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem. Não há distinção entre autoria e participação no conceito extensivo de autor, por nítida influência causalista.<sup>157</sup> Por outro lado, no conceito restritivo de autor, nem todos os que colaboram para o resultado são autores.<sup>158</sup>

A divisão da matéria, então, será apresentada dentro o sistema que admite a distinção entre autor e partícipe e o sistema que não a admite.

Entendemos que não.

Tornada embora obrigatória a participação legal dos agentes do crime, continuarão a existir, nos delitos praticados em concurso, delinquentes que executam o ato material típico e característico da infração e partícipes que realizam atos diversos dos consumativos. E entre estes últimos sempre haverá os que se limitam a dar a sua contribuição material e os que concorrem com atividade meramente psíquica: os que participam de maneira principal e os que o fazem de maneira acessória; os que praticam atos de comissão e os que agem por omissão; os que intervêm antes da execução e os que dão entrada na cena delituosa enquanto dura tal execução. Porque são, todas essas, diferenças reais que a lei pode ignorar sem, contudo, ter forças para eliminar.

Sobram ao legislador poderes para cancelar da terminologia de um código as expressões tradicionalmente usadas para distinguir as diversas formas de participação, reduzindo-as todas, indistintamente, à autoria. Não lhe é dado, entretanto, suprimir da mesma feita e com o mesmo golpe entidades conceituais, seres de razão e, muito menos, realidades concretas e vivas como são aquelas a que acabos de nos referir. Pois como bem observa CARRARA, “quando entre duas cousas existem diferenças essenciais, a veleidade moderna de unificá-las sobre um único nome traz confusão à linguagem e nada mais; porém é impotente para destruir as diferenças reais. (FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A codelinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 4-5).

<sup>157</sup> Para os causalistas, todo aquele que, de alguma forma, concorre para o resultado lesivo é considerado autor. A influência da causalidade é nítida, pois basta que a conduta do agente contribua para a modificação no mundo exterior para ele ser considerado autor do crime: não há distinção entre autoria e participação no conceito extensivo. Portanto, por exemplo, no homicídio, quem dispara contra a vítima, quem adquire a arma, quem leva a vítima ao local da emboscada e quem contrata o matador de aluguel são todos autores do crime. A única virtude desse conceito é sua simplicidade mostra-se injusta e desproporcional, uma vez que os agentes podem ter papéis completamente diferentes, com níveis distintos de influência no resultado, e ainda assim são considerados iguais.” (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 601).

<sup>158</sup> Aqueles que rejeitam o conceito extensivo de autor reconhecem duas categorias de concorrentes do crime: *autor* e *partícipe*. Ou seja, nem todos os que colobaram para o resultado são autores. Cada qual possui um grau de importância na execução dos atos para o cometimento do crime e, assim, o tratamento deve ser diverso. O importante é compreender o *caráter acessório* da *participação*. Veja-se com Lobato: “A participação é conduta acessória ou dependente de outra, a autoria; o injusto da participação fica sempre condicionado à existência do injusto da conduta principal, conforme disposição do art. 31 do Código Penal”. Não há uma teoria única que distingue autoria e participação, porque os critérios de distinção variam de acordo com o referencial adotado. Os referenciais poderão ter natureza subjetiva, objetiva ou mista. (*Idem*, p. 601).

## 2.2 Sistemas unitário e diferenciador

Ante o tratamento heterogêneo na doutrina sobre a categorização dos conceitos do relacionamento entre a autoria e a participação, optou-se por organizar a matéria, na realização deste estudo, em linha divisória com dois sistemas. O primeiro é o **sistema unitário**, que fornece a ideia de que somente existe a figura do autor e o segundo é o **diferenciador**, que aceita a distinção entre autor e partícipe.<sup>159</sup>

A nomenclatura desses sistemas utilizados faz distinção aos termos monismo, dualismo e pluralismo. Não se olvida que o termo *monismo* é utilizado por parte da doutrina no Brasil<sup>160</sup> como sinônimo de sistema unitário, mas, para este trabalho, essa expressão diz respeito ao tipo penal que o agente incidiu, e não como tipologia de distinção entre autor e partícipe, ou seja, a discussão entre *monismo* e *pluralismo*<sup>161</sup> tem pertinência com o título de imputação de delitos praticados pelas pessoas que intervêm no mesmo evento.<sup>162</sup>

<sup>159</sup> “O sistema unitário é aquele que (a) iguala todas as contribuições causas para o delito e prevê marcos penais idênticos para todas (sistema unitário formal), ou (b) que distingue no plano conceitual entre várias formas de contribuição, mas continua a prever os mesmos marcos penais para todas (sistema unitário funcional). O sistema diferenciador distingue várias formas de intervenção no delito, isto é, distingue entre autores e partícipes, e pode prever, ademais, diferentes marcos penais para as diferentes formas de intervenção. As teorias subjetivas, objetivo-formal e do domínio do fato são teorias que almejam delinear os critérios de distinção entre autores e partícipes. Essas teorias pressupõem, assim, um sistema diferenciador.” (GRECO, Luís et al. Esclarecimentos terminológicos. In: \_\_\_\_\_ et al. *Autoria como domínio do fato*. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 13).

<sup>160</sup> “Esta teoria rejeita a distinção entre autor e partícipe. Segundo os seus adeptos, se o delito é único, todos que para ele convergem devem ser considerados seus responsáveis. Só há que se falar, portanto, em autores (ou coautores). A teoria monística lastreou-se nos aportes teóricos de von Buri, segundo o qual devia ser repudiada qualquer distinção entre os participantes, visto que, cada delito é - como qualquer outro fenômeno - fatalmente determinado por um complexo de causas ou condições. No caso, cada indivíduo que fornece uma condição ao delito, isto é, uma causa necessária e objetivamente igual, deve ser igualmente responsável pelo crime.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 344).

<sup>161</sup> “Teorias monistas, dualistas e pluralistas.

A teoria pluralista apregoa o fracionamento da ação criminosa. Segundo ela, existirão tantos crimes quantos forem os seus atores; desse modo, cada co-autor do delito responderá tantos crimes quantos forem os seus autores; desse modo, cada co-autor do delito responderá por um crime diferenciado. Para esta corrente, a “multiplicidade de agentes corresponde a um verdadeiro e próprio concurso de ações distintas e, de consequência, uma pluralidade de crimes, pelo qual, antes de ‘concurso no crime’, deve-se falar de ‘crime de concurso’”.

A teoria dualista apregoa que os autores deverão responder conjuntamente por um crime, enquanto os partícipes deverão responder conjuntamente por outro. Assim, pode-se dizer que se biparte a ação criminosa em delito cometido pelos autores e delito cometido pelos partícipes.

A teoria monista apregoa a unicidade de crime em face da pluralidade de agentes. Por conseguinte, tanto os autores quanto os partícipes responderão por um único crime, afastando-se de tanto a ideia de fracionamento da conduta delituosa quanto a ideia de bipartição da conduta criminosa. O fundamento desta teoria reside no fato de as várias ações não se apresentarem de modo autônomo, mas convergirem em uma operação única, que acarretam um mesmo resultado. Por isso, elas devem ser consideradas como um todo unitário.” (BRANDÃO, 2008, p. 268-269).

<sup>162</sup> “O termo *monismo*, difundido no Brasil, nada tem a ver com a discussão sobre os sistemas de autoria e participação acima descritos. A discussão entre <<monismo>> e <<pluralismo>> diz com o título de imputação em delitos praticados por vários intervenientes.” (GREGO et al, *Op. cit*, p. 14).

A opção de se elegerem conceitos não é arbitrária e nem pretende ser inovadora. A classificação escolhida tem por função primordial organizar a manifestação de pensamento em matéria pouco harmônica tratada na doutrina. Assim, é necessário expor como o tema deve ser tratado, sem embargo de críticas que possam advir. Ademais, a separação entre sistema unitário e dualista tem por função esclarecer apenas a opção legislativa sobre eventual distinção entre autoria e participação, uma vez que somente se pode conceber, ante a natureza intrínseca no concurso de agentes, que as condutas são valoradas sempre individualmente.

O pano de fundo dessa conceituação retrata a visão da política criminal conferida pelo legislador; se a identificação e a valoração da conduta devem ser diferenciadas ou não.<sup>163</sup><sup>164</sup> Então, essa divisão é funcional tão somente nesse particular aspecto. Com razão Fábio Nusdeo, ao afirmar que as classificações são uma tentativa de ordenar a realidade.<sup>165</sup>

A depender do sistema que se propõe, constata-se que a valoração das condutas pode ser delimitada pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Judiciário.

---

<sup>163</sup> “O conhecido debate entre teorias monistas (ou unitária), dualista e pluralista, ou seja, se, em caso de concurso de agentes, deve considerar-se um delito único (praticado por todos) ou dois delitos (um praticado pelos autores, outro pelos partícipes) ou ainda tantos delitos quantos autores e partícipes, na verdade não passa de uma formulação epifenômica, que não influencia ou altera - embora possa disfarçar - o problema fundamental, que reside na concepção restritiva ou extensiva de autor.” (BATISTA, Nilo. Concurso de agentes. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 30-31).

<sup>164</sup> “Existe na doutrina brasileira certa imprecisão terminológica. O debate monismo/dualismo/pluralismo diz respeito à consideração de responderem todos os concorrentes por um só delito ou não, e tem suas raízes no título de sua responsabilidade. Tal debate espelha, em verdade, considerações logicamente anteriores, que transitam entre uma concepção restritiva ou extensiva de autor. Outra questão é adotar a lei um sistema diferenciador ou igualitário (de base causal ou não) no tratamento dos concorrentes. A confusão pode surgir quando o sistema diferenciador for designado por “dualista”, e o igualitário por “monista”. Magalhães Noronha, por exemplo, afirma: “Abraçou a nossa lei a teoria unitária ou monista. Equipara, em princípio, o art. 25 todos os que intervêm no delito, quem de qualquer modo concorre para ele. Não há distinção feita entre autor principal e secundário, entre autor e cúmplice”. Ora, a parificação, especialmente de base causal está longe de significar, por si só, a adoção de uma visão monista; bem pelo contrário, como vimos, é a partir dela que mais estão franqueados os portões teóricos para uma visão pluralística, roçagados sem querer pela pena impetuosa de Hungria. Se se quiser ignorar aquela “classificação subterrânea mas real” a que se referiu Esther de Figueiredo Ferraz, e que por vezes nem tão subterrânea é, como veremos, pode-se afirmar que o código penal de 1940 - e isso não foi modificado pela reforma de 1984 - adotou uma visão indiferenciada de autores e partícipes, baseada numa concepção extensiva da autoria de base causal. Daí não decorre logicamente que tenha optado pelo monismo (consideração de que todos concorrem num só crime); tal constatação terá que ser perquirida sobre outras bases.” (*Idem*, p. 36-37).

<sup>165</sup> “Com efeito, as classificações têm às vezes uma forte dose de pura tautologia. São válidas como tentativa de ordenar a realidade, muitas vezes confusa e aparentemente caótica, mas é preciso lembrar ser esta mesma realidade muito mais rica e buliçosa do que qualquer critério classificatório a ela imposto. Daí surgirem elementos ou coisas não facilmente acomodáveis em qualquer das categorias decorrentes da classificação, as zonas chamadas cinzentas, que não são nem uma coisa nem outra, causadoras de tantas perplexidades. Para a ciência, muito mais importante do que classificar é estabelecer relações funcionais entre as diversas variáveis do objeto de estudo, e, para tanto, as classificações são sempre um primeiro passo. Mas não são absolutas, porque a realidade, pelo menos no campo das ciências sociais, onde se inserem o Direito e a Economia, como já foi dito, é muito mais rica e não pode ser captada plenamente por nenhum critério classificatório.” (NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao direito econômico. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014, p. 38).

No primeiro âmbito de delimitação, o legislador poderá criar distinções no tipo penal, ou seja, criando tipos específicos e acessórios para o partícipe. Poderá também optar por determinar a distinção de condutas no âmbito da dosimetria da pena, seja como causa de diminuição ou causa de atenuação.

Em outra ponta, a legislação poderá deixar ao arbítrio fundamentado do Poder Judiciário a redução da pena. A dose de discricionariedade poderá orbitar em lapsos temporais pré-autorizados pelo legislador, em qualquer fase da dosimetria. Relevante notar que, no sistema brasileiro, não há quantidade específica para cada circunstância na primeira e na segunda fase da dosimetria, a qual é arbitrada pelo juiz. Existem penas mínimas e máximas previstas na lei.

Denota-se também que, a depender da situação, muito embora possa existir distinção valorativa nas condutas, em alguns casos não haverá efetiva distinção nas penas aplicadas, em razão do sistema de dosimetria vigente.

Sem embargo, a proposta feita neste trabalho é apresentar a visão geral que se tem sobre o sistema de autoria e participação nos delitos empresariais, o relacionamento com a dosimetria da pena, e encontrar a resposta mais razoável para se amoldar aos delitos empresariais.

### 2.2.1 Sistema unitário

De acordo com Juarez Cirino dos Santos, a teoria unitária de autor é a mais antiga concepção sobre a relação do sujeito com o fato, pois quem produz qualquer contribuição causal para a realização do tipo de injusto é autor. Por isso, em sua ideia original, não há distinção entre autor e partícipe, pois as diferentes formas de conduta não são resolvidas no âmbito do tipo de injusto, mas na culpabilidade individual. Pela sua simplicidade, pelo fato de tratar todos como autores, teria sido adotada em diversos países.<sup>166</sup>

---

<sup>166</sup> “A teoria unitária de autor é a mais antiga concepção sobre a relação do sujeito com o fato: autor é quem produz qualquer contribuição causal para a realização do tipo de injusto. Em sua fórmula original, a teoria unitária de autor não distingue entre autor e partícipe: as diferenças objetivas e subjetivas de contribuição dos autores não são matéria do tipo de injusto, mas problema da aplicação da pena, como medida da culpabilidade individual.

A simplicidade da teoria unitária de autor explica sua sobrevivência em algumas legislações - por exemplo, na Áustria, na Dinamarca, na Itália e na lei penal brasileira (art. 29, CP). A teoria unitária de autor trata todos como autores: se todas as contribuições causais para o resultado típico são equivalentes, então todos são autores do fato punível; se as diferenças de contribuição subjetiva e objetiva exprimem a culpabilidade pessoal, então são consideradas na pena - e a sanção penal aparece em íntima correlação com a personalidade do autor; enfim, se não existe diferença entre autores e partícipes, então a aplicação do Direito Penal é bastante simplificada, no caso concreto.” (SANTOS, 2014, p. 344-345).

Nesse sentido, Nelson Hungria, defensor da corrente causalista,<sup>167</sup> entendia que as teorias da acessoriedade deveriam ser remetidas ao museu do Direito Penal<sup>168</sup> e justificava que as razões pelas quais se pune o executor eram as mesmas para a punição do partícipe.<sup>169</sup>

É compreensível que a inexistência de distinção entre autoria e participação seja a construção teórica mais antiga, pois os primeiros estudos sobre a ação levaram à formulação do causalismo, de base naturalista, orientada pela equivalência das condições. Segundo Pablo Rodrigo Alflen, a versão originária, desenvolvida em 1828 por Stübel, partia da ideia segundo a qual as contribuições daqueles que concorrem para um fato delitivo possuem o mesmo valor desde o ponto de vista causal.<sup>170</sup>

Alflen também explica que a falta de uniformidade conceitual acerca do sistema unitário de autor levou Kienapfel, em 1971, a realizar a diferenciação entre os sistemas unitário formal e unitário funcional, e, mais tarde, Burgstaller teria incluído ao lado destes o chamado sistema unitário reduzido.<sup>171</sup>

Portanto, no sistema unitário podem ser concebidas três percepções sobre a realidade da autoria delitiva. O **sistema unitário formal** de autor consiste na vertente mais radical, uma vez que parte de um conceito absolutamente amplo e indiferenciado de autor, de modo que não distingue nem conceitualmente nem valorativamente os diferentes tipos de contribuição para o fato.<sup>172</sup> O **sistema unitário funcional** reconhece as diferentes formas de autoria, as

<sup>167</sup> HUNGRIA, Nelson. A teoria finalística no Direito Penal. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Rio de Janeiro, n. 16, p. 7-10, jan./mar., 1967.

<sup>168</sup> “A solução que se impõe, remetendo-se para o direito penal as teorias da acessoriedade e da autoria mediata, é o repúdio à diferenciação apriorística entre os partícipes, pelo reconhecimento da singela verdade de que a participação, em qualquer caso, é concausação do resultado antijurídico, não havendo distinguir entre causa e concausa, entre causa e condição, entre causa imediata e causa mediata, entre causa principal e causa secundária. O resultado é uno e indivisível, e como todos os seus antecedentes causais, considerados *in concreto*, se equivalem, segue-se logicamente que é atribuível, na sua totalidade, a cada um dos que cooperam para sua produção. Assim, é de todo irrelevante indagar se o executor é ou não punível: o partícipe é sempre um co-autor e responde integralmente pelo resultado, desde que, consciente e voluntariamente, contribuiu para ele (participação em crime doloso) ou, pelo menos, contribuiu para a ação comum de que era previsível derivasse tal resultado (participação em crime culposos).” (*Ibidem*, 1978, p. 405).

<sup>169</sup> “A punição dos partícipes depende das mesmas, mesmíssimas razões pelas quais se pune o executor e, em geral, qualquer pessoa que cometa crime sozinha: ela é, pura e simplesmente, a aplicação do princípio ultrageral de que cada qual responde pelo fato próprio. Segue-se que, do ponto de vista da causalidade, nenhuma diferença é possível entre aqueles que concorrem a um crime: todos são autores deste.” (*Idem*, p. 406).

<sup>170</sup> “As premissas causalistas desenvolvidas no século XIX, quer sejam aquelas orientadas pela equivalência das condições, quer sejam aquelas baseadas na diferenciação entre causa e condição, forneceram o respaldo para a construção do sistema unitário de autor, daí afirmar Bockelmann que o sistema unitário de autor é absolutamente dependente de um conceito de crime causalista.” (ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56).

<sup>171</sup> “Todavia, a falta de uniformidade conceitual acerca do sistema unitário de autor, levou Kienapfel, no ano de 1971, a realizar a diferenciação entre os sistemas unitário formal e unitário funcional, sendo que, alguns anos depois, Burgstaller incluiu ao lado destes o chamado sistema unitário reduzido.” (*Idem*, p. 57).

<sup>172</sup> “O sistema unitário formal (“formale Einheitstätersystem”) que remonta ao norueguês Getz e foi amplamente propalada por Liszt, caracteriza-se como uma concepção estrita, segundo a qual “existe apenas um único conceito indiferenciado de autor”. O sistema unitário formal de autor consiste na vertente mais radical, uma vez

quais são juridicamente equivalentes e se sujeitam a mesma pena cominada. A distinção fundamental entre ambos os sistemas unitários está na diferenciação (conceitual) das formas de cometimento do fato: enquanto o sistema formal reconhece apenas a figura do autor, o sistema funcional reconhece diversos tipos de autor, como é o caso da autoria direta e da autoria mediata.<sup>173</sup> Por fim, no **sistema reduzido de autor** todos os participantes no fato punível sofrem a mesma pena cominada. No entanto, poderia existir, de um lado, a autoria direta e a autoria mediante determinação, e, de outro, a autoria por contribuição. Com efeito, a teoria enunciava a acessoriedade dos autores por determinação e por contribuição, uma vez que a punição destes estava condicionada à atuação dolosa e antijurídica do autor imediato.<sup>174</sup>

O sistema unitário, seja em qualquer de suas vertentes, embora possa ser sedutor quanto à simplicidade do reconhecimento da responsabilidade por todos os envolvidos, não responde a todas as demandas de possíveis casos complexos que possam advir nos delitos empresariais. Não se trata aqui de falar em conseguir resolver problemas de identificação dos responsáveis pela prática delitativa, mas de ordenar punição mais consentânea em delitos que tendem a ser organizados hierarquicamente.

Sobre as vantagens e as desvantagens desse sistema, Luís Greco e Alaor Leite entendem que as vantagens que poderiam ser mencionadas pairam sobre a inexistência de

---

que parte de um conceito absolutamente amplo e indiferenciado de autor, de modo que não distingue nem conceitualmente nem valorativamente os diferentes tipos de contribuição para o fato. De acordo com Kienapfel, denomina-se formal o sistema unitário de autor que tem como consequência - decorrente da própria designação de conceito de autor "unitário" ou conceito de "unitário de autor" - a unificação de todas as formas de cometimento do fato e que a dispensa a diferenciação entre categorias conceituais no âmbito do tipo. Para o jurista austríaco, este sistema não cumpre o mandato de certeza, na medida em que não especifica o grau de contribuição de cada participante e não atribui o destinatário da norma à respectiva conduta, sendo que para o legislador resulta a necessidade de levar em conta, conforme o tipo penal, diferentes punições no plano da dosimetria da pena (tais como minorantes e majorantes da pena)." (*Idem*, p. 58).

<sup>173</sup> "O sistema unitário funcional, criado por Kienapfel, é "próprio dos Estados democráticos" uma vez que "reconhece as diferentes formas de autoria, as quais são juridicamente equivalentes e se sujeitam à mesma pena cominada", "de modo que a diferenciação deve se dar de forma puramente conceitual, de acordo com o tipo penal". Assim, neste sistema, há duas formas de autoria: autoria direta e - em um sentido completamente diverso do sistema de formas de participação - autoria mediata. De acordo com isso, "é autor imediato aquele que preenche o tipo por si mesmo, e é autor mediato aquele que de qualquer forma participou da realização do tipo", ou seja, autoria mediata "no sentido do conceito unitário de autor é a autoria por determinação e por contribuição". Logo, a distinção fundamental entre ambos os sistemas unitários está na diferenciação (conceitual) das formas de cometimento do fato: enquanto o sistema formal reconhece apenas a figura do autor, o sistema funcional reconhece diversos tipos de autor." (*Idem*, p. 58-59).

<sup>174</sup> "O chamado "sistema reduzido de autor" ("*reduzierte Einheitstätersystem*"), desenvolvido por Burgstaller, no ano de 1975, parte da ideia de que "para todos os participantes no fato punível vige a mesma pena cominada", porém "atribui-se às espécies de participação no caso concreto significado sob o ponto de vista da determinação da pena", visto que às diferentes formas de cometimento do fato corresponde um conteúdo de sentido social diverso. Nesse sentido, poderia haver, conforme Burgstaller, de um lado, a autoria direta e a autoria mediante determinação ("*Bestimmungstäterschaft*"), e, de outro, a autoria por contribuição ("*Beitragstäterschaft*"), nas quais identifica-se uma diferença de desvalor. Em tal sistema Burgstaller aponta não só a diferenciação entre os participantes no fato delitivo, como também a acessoriedade dos autores por determinação e por contribuição, uma vez que a punição destes estava condicionada à atuação dolosa e antijurídica do autor imediato." (*Idem*, p. 59).

lacunas de punibilidade, sobre o fato de que cada sujeito é responsável pelo seu próprio comportamento e sobre as considerações pragmáticas.<sup>175</sup> Nenhum desses argumentos convencem e os próprios juristas elucidam o preço dessas vantagens, dos quais é importante destacar o desprezo pelos princípios da igualdade e da culpabilidade.<sup>176</sup>

Por mais que um sistema tende a ser normatizado de forma a não distinguir os intervenientes em um evento criminoso, não se pode olvidar que o sistema de Direito Penal não pode estar desvinculado da política criminal, assim como foi proposto por Claus Roxin. Nessa toada, a política criminal deve estar associada ao Estado Democrático de Direito e, à

<sup>175</sup> “A adoção do sistema unitário parece oferecer três vantagens, duas aparentes, outra real:

**aa)** a primeira vantagem aparente é a *conveniência repressiva*. Em um sistema unitário, que declara autores todos os envolvidos, não restarão quaisquer lacunas de punibilidade. Na exposição de motivos do Projeto de 1969 (item 18), a manutenção do modelo unitário é justificada também com o argumento de que ele possibilitaria uma <<maior repressão>>. Não é preciso alongar-se na crítica. Um direito penal que conhece princípios como o *nullum crimen, nulla poena sine lege* e *sine culpa* reconhece-se fragmentário. Ele não se deixa seduzir pelo tosco *horror vacui*, em conformidade com o qual lacunas de punibilidade teriam sempre defeitos, mas aceita e por vezes mesmo as saúda como os espaços de liberdade que um Estado que reconheceu limites a seu poder de punir está obrigado a respeitar.

**bb)** A segunda vantagem aparente é a ideia fundamental, refletida nesse sistema, de que *cada sujeito é responsável apenas pelo próprio comportamento*. Num modelo diferenciador, há autores e partícipes: os primeiros respondem pelo que os primeiros fizeram. Esse fundamento tem inegável força intuitiva. À primeira vista, ele parece conectado a princípios de indiscutível autoridade, como o da culpabilidade ou mesmo da dignidade humana.

Uma análise mais detida demonstra, contudo, que as aparências enganam. Em muitos casos, não parece adequado responsabilizar alguém sem levar em conta o que foi feito pelos demais. A esfaqueia a vítima com um punhal que lhe emprestou B. O sistema unitário considera os dois autores do homicídio; não apenas desferir a punhalada, mas também emprestar a arma é <<matar alguém>> (art. 121, CP) ou <<concorrer, de qualquer modo, para o crime>> (art. 29, *caput*, CP). Isso significa que, a rigor, se A abandona a sua decisão de praticar o fato, ainda assim B teria de ser punido por tentativa. Um dispositivo como o do art. 31 CP, que determina que <<o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio... não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado>>, não teria lugar em um sistema que pune cada qual apenas pelo seu próprio comportamento. E, se consideramos acertado o dispositivo, ou ao menos a conclusão a que nos leva, teremos implicitamente admitido que a ideia de que cada qual só responde pelo próprio é algo simplista, como que isolacionista.

**cc)** A *verdadeira vantagem* do sistema unitário encontra-se não no rasteiro plano dos interesses punitivistas, tampouco no plano sublime dos grandes princípios do direito penal material, e sim no nível intermédio das *considerações pragmáticas*. O sistema unitário torna dispensável todo o esforço analítico e dogmático de distinção entre as formas de autoria e de participação. Os diferentes graus de contribuição são relegados ao plano individualizador da determinação judicial da pena. A comete homicídio a pedido de B, que lhe oferece R\$ 5.000,00; C empresta a arma para A; D aguarda a consumação do homicídio na porta da casa da vítima, assegurando que ninguém ingresse na residência: todos são, para o conceito unitário, autores do homicídio. Esse sistema *simplifica*, assim, sobremaneira a aplicação do direito.” (GRECO; LEITE, 2014, p. 174-175).

<sup>176</sup> “Se essa concepção corresponde aos anseios da justiça, já não parece tão indubitável. Muito ao revés: o preço da simplificação é uma série de conhecidos problemas materiais. São várias as pechas atribuídas à concepção unitária, e cabe aqui apenas enunciá-las: a) a unificação a forceps de contribuição material e qualitativamente distintas, rechaçada mesmo na linguagem cotidiana, o que é problemático tanto segundo o *princípio da igualdade, como da culpabilidade*, b) a proximidade com o direito penal de autor, decorrente sobretudo de uma aposta, cínica ou ingênua, na pouco desenvolvida teoria da determinação judicial da pena; c) a sufocadora *impossibilidade de distinguir entre atos preparatórios e tentativa* punível, já que todas as contribuições causais (entregar a arma ao autor, cf. acima) são consideradas, de maneira equivalente, como <<típicas>>; d) e, principalmente, a redução a pó dos tipos penais, em desprezo ao *princípio da legalidade*, já que emprestar a arma seria ação típica de <<matar alguém>> (art. 121, CP) tanto quanto efetuar com as próprias mãos disparos mortais.” (*Idem*, p. 177-178).

luz do ordenamento jurídico brasileiro, ao princípio da culpabilidade e à individualização da pena.

Com isso, quer se afirmar que, embora um código tenha herança do sistema causalista da ação, a realidade dos fatos não inibe a sua reinterpretação, sobretudo quando o sistema conferir essa hermenêutica.

Aliam-se a essas críticas os argumentos de Cirino dos Santos, ao afirmar que no sistema unitário todos os sujeitos envolvidos na ação criminosa são nivelados, desaparecendo as diferenças objetivas e subjetivas na produção do desvalor da ação e do desvalor do resultado.<sup>177</sup>

As diferentes formas de conduta em um ambiente corporativo não podem ser desconsideradas. A simplificação da repressão faz equalizar o tom punitivo entre aquele que detém o alto comando na escala produtiva em comparação com seus subordinados, dentre eles, o executor da medida.

Pode-se achar justo repreender, em semelhante medida, aquele empresário de uma sociedade limitada que, em conluio com seu contador, opta por elaborar documentos, constando dados inverídicos sobre o número de empregados e dos respectivos salários. Ambos atuam com o intuito de pagar menos tributos e se manterem, ilicitamente, competitivos no mercado. Todavia, existem relações mais complexas que essa mencionada. Cite-se o exemplo da *Enron*. Em um caso onde há um mentor da organização delitativa, exige-se que outras pessoas estejam ao seu redor para que a cadeia de ordens tenha êxito. Dentre essas pessoas, algumas ocupam posições estratégicas e relevantes, mas outras prestam auxílio em caráter puramente acessório, como aquelas que têm consciência da prática delitativa, anuem com essa prática, e são meras transmissoras das ordens ilícitas para outro grupo executor.

Nem sempre será possível estabelecer milimetricamente a distinção de pena, com dosagem proporcional para as condutas de cada um dos intervenientes de um mesmo fato, tendo em vista as regras do sistema de cálculo da punição.

Apesar disso, deve-se ter como norte a análise individualizada da conduta, sobretudo no meio corporativo. O sistema diferenciador, fundado na premissa de restrição de algumas

---

<sup>177</sup> “Mas as desvantagens da teoria unitária de autor parecem mais relevantes: se as contribuições causais para o fato punível são equivalentes, então (a) todos os sujeitos envolvidos no tipo de injusto são nivelados, desaparecendo diferenças objetivas e subjetivas na produção dos desvalor de ação e do desvalor de resultado que definem o tipo de injusto, e (b) sujeitos não qualificados podem ser autores de delitos especiais (por exemplo, a qualidade de funcionário público, no peculato) ou de delitos de mão própria (o falso testemunho), o que representa um contrassenso. A natureza grosseira da teoria unitária de autor explica seu abandono progressivo, mesmo naquelas legislações como a brasileira - que, por inércia ou comodismo, ainda a adotam.” (SANTOS, 2014, p. 345).

condutas como autor, propicia o desenvolvimento de teorias que levam em consideração as distintas forças atuantes no evento delitivo.

### 2.2.2 Sistema diferenciador

O sistema diferenciador somente existe se se conceber a ideia de que, na realização de um mesmo delito, mediante concurso de agentes ou de pessoas, possa existir a figura do autor e do partícipe.<sup>178</sup> Quando se procura diferenciar a existência entre autor e partícipe, em um mesmo evento delitivo, se está, na verdade, permitindo variações axiológicas de condutas com o pretexto de indicar que alguém agiu com maior ou menor reprovabilidade. Sem partir dessa premissa, a distinção entre autoria e participação cai em um vazio conceitual.

Essa diferença, como já visto no sistema unitário, mostra-se muitas vezes de forma sutil. No sistema reduzido de autor, proposto por Burgstaller, por exemplo, arrisca-se a mencionar que, embora não se refira à figura do partícipe, poder-se-ia amoldar ao sistema diferenciador, em razão da existência da acessoriedade.

A acessoriedade é um dos elementos identificadores da participação *stricto sensu*, à qual se alia a relevância causal e a vontade de participar na conduta do concorrente.<sup>179</sup> É característica da participação ser voluntária e relevante na intervenção de alguém em fato delituoso alheio. Importante notar que o partícipe, conforme se pode verificar nas teorias que serão apresentadas, não realiza o verbo do tipo penal incriminador, tampouco detém ou divide o seu controle final.<sup>180</sup>

Para se falar em sistema diferenciador, deve existir a possibilidade de se avaliar valorativamente a conduta de cada interveniente e assim, no plano concreto, dosar diferentemente as penas. Caso contrário, o argumento não passaria de um sofisma. Cumpre esclarecer, entretanto, que isso não é opinião unânime.<sup>181</sup>

---

<sup>178</sup> “O sistema diferenciador distingue várias formas de intervenção no delito, isto é, distingue entre autores e partícipes, e pode prever, ademais, diferentes marcos penais para as diferentes formas de intervenção. As *teorias subjetivas, objetivo-formal* e do *domínio do fato* são teorias que almejam delinear os critérios de distinção entre autores e partícipes. Essas teorias pressupõem, assim, um sistema diferenciador.” (GRECO, Luís, 2014, p. 13).

<sup>179</sup> SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 372.

<sup>180</sup> *Idem*, p. 370.

<sup>181</sup> “A teoria do domínio do fato distingue autor de partícipe no plano do tipo, e não no grau de reprovação ou no merecimento de pena dos intervenientes. Chegou-se mesmo a afirmar: <<O critério que, agora mais nitidamente, preside à configuração das circunstâncias do concurso de pessoas, que agravam a pena, é o *domínio do fato*>> e também que: <<Maior, todavia, a culpabilidade, quanto maior for o domínio do fato (...)>>. Por essa razão, a título de exemplo, o <<induzimento>> não poderia estar ao lado do <<comando>>. Essa interpretação inicial, precursora em nosso direito, embora correta se bem compreendida, talvez induza ao equívoco de que a distinção entre autor e partícipe só seja relevante para a medição de pena. Quem empresta a arma pratica injústo menor do que aquele que dispara mortalmente com as próprias mãos e, por isso, o segundo merece maior pena. É

Deve-se salvaguardar a observação que nem sempre o partícipe terá a pena inferior ou igual ao do autor. No caso do Código Penal brasileiro, há algumas circunstâncias pessoais que podem impor pena maior para o partícipe<sup>182</sup>, sem qualquer incompatibilidade com o sistema proporcional de punição. Veja-se que a legislação prevê, no artigo 59 do Código Penal, 8 (oito) circunstâncias judiciais que devem ser valoradas no caso concreto. Nessa avaliação, o julgador pode se deparar com antecedentes, conduta social e personalidade do agente que podem ser mais desfavoráveis ao partícipe se comparado com o autor. Da mesma forma, pode-se mencionar sobre as agravantes, pois apenas o partícipe pode ser reincidente<sup>183</sup>, ou a vítima pode ter parentesco somente com o partícipe e não com o autor. Nessa última hipótese, incidiria o artigo 61, II, e, do Código Penal<sup>184</sup>.

A aplicação de pena mais elevada ao partícipe não é incompatível com o sistema diferenciador. O sistema diferenciador deve ter por pressuposto criar distinção entre autor e partícipe, levando em consideração as circunstâncias objetivas da conduta e não elementos que podem influenciar a pena por questões subjetivas ou pessoais.

Conforme afirma Álvaro Enrique Marquez Cárdenas, é necessário estabelecer princípios e pressupostos que permitam diferenciar a coautoria da participação.<sup>185</sup> Para tanto, serão visualizados, primeiramente, os elementos característicos da participação *stricto sensu*.

---

preciso separar o <<grau de culpabilidade>>, o <<o merecimento de pena>>, da teoria do domínio do fato: aquelas duas considerações são apenas influenciadas por esta.” (LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís, et al. Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 137).

<sup>182</sup> Artigo 59 do Código Penal:

“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).”

<sup>183</sup> Artigo 61 do Código Penal:

“São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

<sup>184</sup> Artigo 61 do Código Penal:

“São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;”

<sup>185</sup> “Hay que establecer los principios y presupuestos que permitan diferenciar y ordenar correctamente la coautoría y la participación, siendo conscientes de que sus límites no son precisos, ya que este campo empírico está demasiado abierto y, por ello, se producen constantes y fluidas transiciones entre ambos tipos de intervención criminal. (...) Pero, la inexistencia de unos límites precisos dados de antemano no es ningún impedimento para establecer los principios directrices, dado que la materia obliga a la inclusión de regulativos, a partir de los cuales se pueda llevar a cabo una delimitación correcta de los casos individuales. Por todo ello, no cabe duda que la distinción entre la coautoría y la participación constituye el principal y más complejo problema en la teoría de la codelinuencia.” (MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La coautoría: Concepto y requisitos en la dogmática penal. Revista Diálogos de Saberes. Bogotá, n. 26, p. 74, jan./jun., 2007).

## 2.3 Teoria da participação *stricto sensu*

### 2.3.1 As espécies de participação *stricto sensu*

Juarez Cirino dos Santos diz que a participação existe sob duas formas. A **instigação**, como determinação dolosa a fato principal doloso de outrem e a **cumplicidade**, como ajuda dolosa a fato principal doloso também de outrem.<sup>186</sup> Semelhante distinção é realizada por Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú.<sup>187</sup> Outras classificações podem ser elaboradas, como feitas por João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem<sup>188</sup>; todas com a mesma natureza.

A participação pode se distinguir em duas classes principais, que é a **participação moral** e a **participação material**. A participação moral é subdividida em *instigação* e em *induzimento* e a participação material tem por sinônimo o *auxílio* ou a *cumplicidade*.

A **participação moral** é igualmente denominada de *instigação*. Instigar significa animar, reforçar, estimular uma ideia pré-existente. Para ser considerado partícipe em situações dessa espécie, o instigador deve ser aquela pessoa que provoca a resolução criminosa, mas não toma parte na execução, nem mesmo detém o domínio final do fato.<sup>189</sup> Induzir, de *indução*, por sua vez, é fazer surgir a ideia delitiva até então inexistente.<sup>190</sup> Então, indutor é aquele que cria ou produz de forma cabal no executor a intenção de atentar contra certo bem jurídico-penal.<sup>191</sup>

A **participação material**, como dito, tem por sinônimo o *auxílio* ou a *cumplicidade*. A cumplicidade ou o auxílio tem como parâmetro a ajuda material para realização de fato principal doloso. O auxílio prestado pelo partícipe pode ser físico ou técnico e toda e qualquer

<sup>186</sup> SANTOS, 2014, p. 349.

<sup>187</sup> “A teoria da participação compreende o estudo das suas duas modalidades: participação moral e participação material.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 371).

<sup>188</sup> “Doutrina e jurisprudência reconhecem três formas de participação no crime: auxílio, induzimento e instigação. O auxílio é a forma de atuação material do partícipe, já o induzimento e a instigação são as formas de participação moral.” (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 607).

<sup>189</sup> “Igualmente denominada instigação, consiste na contribuição direcionada a influenciar na vontade do autor. Instigar é animar, reforçar, estimular uma ideia pre-existente.” (SOUZA; JAPIASSÚ, *Op. cit.*, p. 371).

<sup>190</sup> “O induzimento acontece quando o autor não tem a ideia de praticar o crime e o partícipe faz nascer a ideia em sua cabeça. É o caso, por exemplo, do sujeito que insiste para o amigo praticar um furto com o objetivo de quitar suas dívidas.” (MARTINELLI; BEM, *Op. cit.*, p. 607).

<sup>191</sup> “Induzir é fazer surgir a ideia delitiva até então inexistente. Indutor é aquele que cria ou produz, de forma cabal, no executor a intenção de atentar contra certo bem jurídico-penal, por meio da comissão de um concreto fato típico.” (SOUZA; JAPIASSÚ, *Op. cit.*, p. 371).

contribuição para promoção ou realização do tipo de injusto doloso constitui cumplicidade, como entregar armas ou ferramentas, garantir a segurança do autor etc.<sup>192</sup>

Qualquer uma dessas espécies guarda relação de acessoriedade com a conduta praticada pelo principal responsável pelo cometimento do delito.

### 2.3.2 A acessoriedade da conduta do partícipe em relação à conduta do autor

É incontroverso que o partícipe possui posição acessória em relação ao autor, razão pela qual a responsabilidade daquele também é compreendida dentro de uma relação de dependência. No entanto, o grau de dependência entre uma conduta e outra depende de vários fatores. A legislação brasileira não explicitou se o grau de dependência atinge a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade ou a punibilidade. Essa questão é um aspecto deveras explanado na doutrina.<sup>193</sup>

Na *acessoriedade mínima*, para que exista a punição do partícipe, é suficiente que o fato principal seja típico, sendo indiferente sua antijuridicidade ou a culpabilidade do autor. Nessas circunstâncias, o autor que age em legítima defesa está acobertado por essa excludente de ilicitude, enquanto o partícipe não.

Na *acessoriedade limitada* se admite a punibilidade do partícipe desde que a conduta do autor seja típica e antijurídica. Pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos não cometem crimes por opção política criminal e constitucional e, em decorrência disso, recebe-se outra nomenclatura. Portanto, o partícipe que auxilia a criança ou o adolescente responderá pelo delito correspondente se adotada a acessoriedade limitada. Esta é a hipótese acolhida pela doutrina.

Na *acessoriedade extrema* (rigorosa) é necessária a configuração do crime sob todos os elementos constitutivos do delito. É imprescindível a existência de fato típico, antijurídico e o autor também deve ser culpável. Nessa quadra, se houver o reconhecimento de que o autor

<sup>192</sup> “A *cumplicidade* significa ajuda dolosa do cúmplice para tipo de injusto doloso do autor: o cúmplice presta *ajuda material* para realização de fato principal doloso e, assim como instigador, também não controla a realização do fato punível, poder exercido exclusivamente pelo autor.” (SANTOS, 2014, p. 368).

<sup>193</sup> “a) El ámbito *intensivo* de la accesoriedad.

Para la calidad criminal del hecho principal es necesario y suficiente, que sea doloso y antijurídico, sin que precise ser culpable (§50, inc. 1) (la llamada accesoriedad limitada).

Por lo tanto, la instigación o complicidad al hecho de un incapaz de culpabilidad (p. ej., de un enfermo mental o de un niño) son punibles como participación. Distinta era la interpretación anterior de los §§ 48 y 49, de la práctica y la doctrina actuales. Ella exigía un hecho principal culpablemente antijurídico. Esta llamada accesoriedad extrema está anulada a través de la ordenanza del 23 de mayo de 1943, con la nueva redacción de los §§48 y 50.” (WELZEL, Hans. Derecho penal. Parte general. Tradução de Calos Fontán Balestra. Buenos Aires: 1956, Roque Depalma Editor, 1956, p. 119).

não é culpável, seja por ser inimputável (como a criança ou o adolescente no exemplo anterior), seja por não ter a potencial consciência da ilicitude ou inexigibilidade de conduta diversa, o partícipe não é punido.

Por fim, na teoria da *hiperacessoriedade*, além de a conduta ter que ser típica, antijurídica e culpável, exige-se também o requisito da punibilidade do autor. Isso significa que o sujeito que auxiliou na realização de algum delito não sofrerá punição caso o autor tenha a execução da pena inibida pela ocorrência da prescrição. O administrador da empresa, com idade superior a 70 (setenta) anos, poderia ter a pena extinta em decorrência da idade, acarretando na não punibilidade do seu auxiliador.

O artigo 31 do Código Penal é dispositivo que tem pertinência quanto à questão da acessoriedade e tem efeito limitativo da punibilidade. De acordo com esse artigo “*O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado*”.

Observando os dizeres de Cezar Roberto Bitencourt, tem-se que a participação em um crime que não chegou a se iniciar não teve eficácia causal, e sem essa eficácia não há que se falar em participação criminosa. Nessas circunstâncias, como atividade acessória que é, a participação não será punível em qualquer de suas formas.<sup>194</sup>

O artigo 31 do Código Penal significa mais que uma segurança quanto à aplicação do Direito. Trata-se de limitação da punibilidade além da participação. Por princípio, entendendo-se que a conduta do partícipe é acessória, não se vislumbra razoabilidade em realizar a persecução penal do ato acessório se o ato principal sequer chegou às vias executivas. No entanto, dependendo das circunstâncias, a *determinação* pode configurar ato de autor, cuja conduta pode não vir a ser considerada acessória. Se o fato não chega às vias executivas, o artigo 31 do Código Penal também impede que exista a persecução penal.

Nessa quadra, caso se admita que o empresário possa ser autor mediato e que ordene aos diretores de sua empresa a comunicarem ordem que consistirá em ato ilícito, se os empregados não cumprirem a ordem por objeção à ilicitude, a ordem emitida não chegará a se configurar como tentativa. Günther Jakobs, no entanto, entende de forma diversa. Ao discorrer sobre o sistema unitário e a participação, afirma que o conceito unitário nega, em absoluto, a transcendência da acessoriedade. Assim, a ação preparatória se converteria em uma contribuição concluída ao delito que, sem a exigência da acessoriedade, teria que ser

---

<sup>194</sup> BITENCOURT, 2015, p. 571.

punível como tentativa de delito, ainda que nada mais ocorresse. Em outros dizeres, transformar-se-iam os atos preparatórios em tentativas.<sup>195</sup>

De acordo com o pensamento de Jakobs, na hipótese de um empresário determinar que seu contador omita faturamento da sua empresa com o intuito de pagar menos tributos, já haveria tentativa de sonegação por parte do empresário. De qualquer forma, pela dicção do artigo 31 do Código Penal, não se vislumbra a punição de condutas, seja de autor seja de partícipe, que não impulsionem atos executivos.

No plano teórico, desenvolveram-se métodos para identificar quando uma conduta poderia ser considerada principal ou acessória. Esses planos teóricos dividiram-se, inicialmente, em teorias objetivas e subjetivas, e, posteriormente, advieram outras teorias, sempre no sentido de suprir vácuos de punibilidade.

## 2.4 Teorias que distinguem autoria e participação

As teorias servem para explicar um fenômeno. No âmbito da distinção entre autor e partícipe, superado o aspecto unitário, as teorias foram se desenvolvendo mutuamente no intuito de servir de justificativa para abrangerem casos que as teorias anteriores não conseguiam justificar adequadamente. Em razão disso, as teorias clássicas podem ser divididas em teorias objetivas e subjetivas ou subjetiva-material. Com a sofisticação dessa matéria, desenvolveram-se as teorias sobre o domínio, cujo âmbito de aplicação se tenta alcançar até os delitos econômicos.

---

<sup>195</sup> “El concepto unitario de autor niega en absoluto la transcendencia de la accesoriedad: Todo aquel que toma parte há de considerarse autor de un hecho antijurídico y culpable, sin tener en cuenta las cualidades delictivas de la contribución de los demás que toman parte (dolosa, imprudente, inevitable; culpable, inculpable) y sin más que un vínculo causal con el estado de desarrollo de las aportaciones de los otros (preparación, tentativa, consumación).

(...)

b) Asimismo, el concepto unitario de autor amplía la punibilidad por tentativa en todo el ámbito del fomento de un delito en definitiva no realizado, sin que se ponga en evidencia su necesidad político-criminal. En el estadio de la preparación (antes de la cesura que señala el comienzo de la tentativa; p. ej., procurarse útiles para el robo), nadie considera la posibilidad de punir en general las acciones de preparación que han quedado aisladas en tanto que una sola persona debe ejecutar por sí sola todo el necesario para el delito. Si se divide el trabajo (el primero que toma parte se ocupa de la preparación, el segundo del llevar el hecho a tentativa y a consumación), según el concepto unitario de autor, la acción preparatoria, sin embargo, se convierte en una aportación concluida al delito, que, sin exigencia de accesoriedad, tendría que ser punible como tentativa de delito, aun cuando después no ocurra nada más. Así pues, se transforma los actos preparatorios en tentativas.” (JAKOBS, 1997, p. 719-720).

### 2.4.1 Teoria objetivas

As teorias objetivas podem se subdividir em teoria **objetivo-formal** e **objetiva material**.

Com relação à teoria *objetiva-formal*, somente é considerado autor aquele que pratica ou incide no verbo do tipo, ou seja, exige-se que alguém, diretamente, pratique a conduta definida na norma incriminadora. Quem contribui para a realização do delito, mas sem realizar a conduta típica, é considerado partícipe. Sobre o prisma dessa teoria, é necessário que exista alguma norma de extensão para que o partícipe também seja punido.<sup>196</sup>

A razão da sua nomenclatura se justifica porque é *objetiva* em razão da delimitação verificada a partir do que foi produzido, sem que a vontade ou o interesse do agente tenha algum papel relevante, e *formal* porque, para esta delimitação objetiva, a teoria recorre aos tipos penais da parte especial do respectivo Código Penal, apesar de outros fatores causais auxiliares que possam advir.<sup>197</sup>

Essa teoria é amplamente criticada em razão do seu formalismo. Com base nas suas premissas, desconsideram-se fatores influentes na causação do delito e o aporte teórico não consegue justificar a existência da figura do autor mediato e da coautoria.<sup>198199200</sup> Em que pese

<sup>196</sup> “Baseia-se num critério restritivo de autor, ou seja, autor é aquele que realiza, diretamente, a conduta definida na norma incriminadora; é quem realiza o verbo do tipo. O partícipe, por sua vez, concorre de alguma forma para o delito, mas sem realizar a conduta típica; é quem realiza uma ação exterior, ao tipo. Sua contribuição ao plano global seria, a princípio, impune, não fosse a norma de extensão referente ao concurso de pessoas.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 350).

<sup>197</sup> “a) A *teoria objetivo-formal* foi representada principalmente por Beling, Liszt-Schmidt, Grazu Dohna e Zimmerl. Procurando delimitar o conceito restritivo e superar seus déficits, tal teoria constitui-se de dois aspectos fundantes: é *objetiva* porque a delimitação é verificada a partir do que foi produzido, sem que a vontade ou o interesse do agente tenha algum papel relevante; e *formal* porque para esta delimitação objetiva ela recorre aos tipos penais da parte especial do respectivo Código Penal.

Decisiva na hipótese é a realização dos elementos do tipo, ou seja, a realização total ou parcial da conduta descrita nos tipos penais da parte especial. De acordo com isso, autor é quem realiza por si mesmo, total ou parcialmente, a conduta típica, e partícipe é quem contribui com a realização do tipo tão só por meio de *atos preparatórios e de apoio*. Entretanto, assim como entre preparação e tentativa, também na autoria e na participação é necessário delimitar com acuidade o conceito de ato executório, pois só assim se permite caracterizar de forma apropriada a ideia de autoria, distinguindo-a da participação.” (ALFLEN, 2014, p. 69-70).

<sup>198</sup> “Apesar de delimitar a ideia de autoria e de distingui-la da participação, a teoria objetivo-formal não soluciona o principal déficit do conceito restritivo, qual seja, o de que se o autor realiza por si mesmo o tipo, não se pode falar em autoria mediata.” (*Idem*, p. 70).

<sup>199</sup> “Embora sem negar a importância do elemento causal, destaca as características exteriores do agir, isto é, a conformidade da ação com a descrição legal e define como *autor* aquele cujo comportamento se amolda ao círculo abrangido pela descrição típica e, como *partícipe*, aquele que produz qualquer outra contribuição causal ao fato.

Essa teoria teve uma grande aceitação até os anos 60 do século XX, mas foi amplamente criticada, tanto na Alemanha como na Espanha, pelo excessivo formalismo com que identificava a conduta do autor. Apesar de indicar que a *autoria* refere-se à realização dos elementos do tipo, não foi capaz de evidenciar que elemento material do tipo (especialmente nos delitos de resultado) identifica a conduta do autor, frente às contribuições causais constitutivas de mera participação. Além disso, criticava-se a versão clássica da teoria objetivo-formal, porque partindo de suas premissas não era possível explicar de maneira satisfatória como a conduta do coautor e

a claridade na identificação da autoria, não se poderia, com o seu uso, justificar reprimenda penal adequada para aquelas pessoas que detêm o domínio da produção do resultado.<sup>201</sup>

Por certo, referido marco teórico é suficiente para resolver uma série de casos na qual o empresário atua sozinho e incide no verbo do tipo penal, como por exemplo, o dono da empresa, sócio-administrador, que apresenta documentos falsos para ter vantagem em certame licitatório. No entanto, uma teoria não pode se propor a resolver diminutas hipóteses delitivas, ainda que vastas situações sejam repetitivas nos processos judiciais. Então, naquelas situações em que exista uma mentalidade organizacional delitiva arraigada em uma empresa, os empregados que atuam como executores do delito seriam considerados autores, enquanto os diretores da empresa, que estudaram, planejaram e ordenaram as condutas seriam considerados meros partícipes. Pense-se, por exemplo, em uma empresa que presta, sabidamente, informações ambientais falsas por intermédio de engenheiros empregados, mas por ordens superiores.<sup>202</sup> Questiona-se, neste ponto, quem seria o principal responsável pela afetação ao bem jurídico tutelado.

---

do autor mediato se amoldava na descrição típica. Com efeito, este não realiza, por si sós, todos os elementos do tipo: cada coautor realizaria somente parte da ação executiva, e o *autor mediato* é o instrumento de quem atua diretamente. Era necessário buscar outro critério que fosse capaz não só de identificar a conduta de autor, mas, também, de explicar as diferentes formas de autoria (direta, coautoria e autoria mediata).” (BITENCOURT, 2015, 556).

<sup>200</sup> “O conceito *restritivo* de autor é a primeira tentativa científica de distinguir autor e partícipe, com base no critério *objetivo-formal* da ação típica: o *autor* realiza a ação típica (a ação de matar, no homicídio; a ação de subtrair, no furto etc.); o *partícipe* realiza ação de instigação ou de ajuda extratípica para a realização do tipo do injusto, punível por extensão da punibilidade da ação típica. O mérito do conceito restritivo de autor reside em fundamentar a distinção de autor e partícipe na produção do fato típico - um critério *formal* rigoroso em todas as hipóteses de autoria *direta* do tipo de injusto -, mas tem o defeito de não explicar as hipóteses de *autoria mediata* (o herdeiro entrega o bombom envenenado à tia rica, através do filho menor, para apressar o recebimento da herança) e de *coautoria* (B distrai a atenção da tia rica para que A possa colocar veneno no café dela).” (SANTOS, 2014, p. 345-346).

<sup>201</sup> “Em que pesem os seus méritos, esta teoria se mostra insuficiente para as hipóteses de autoria mediata ou mesmo de coautoria, ou seja, para situações nas quais o agente perpetra o delito por intermédio de interposta pessoa, ou nas quais um dos coautores não realiza, especificamente, o verbo do tipo. Nesse sentido, analisando a teoria formal-objetiva, Jescheck e Weigend observam que “certamente, é indiscutível que ela possua a vantagem da claridade, porém, esta vantagem, paga um preço demasiadamente caro em razão de um formalismo baseado em uma rígida vinculação com o teor literal da lei. Uma objeção decisiva contra essa teoria é que não permite, em absoluto, abarcar a autoria mediata, e, com relação à coautoria, ela só abarca aqueles coautores que, ao menos, tenham realizado parcialmente o tipo. Em resumo, a teoria formal falharia ao considerar como mero partícipe aquele que, não realiza diretamente o tipo, apesar de controlar ou dirigir o desenrolar da ação delituosa, ou seja, aquele a quem a doutrina denomina de o “homem de trás”; o verdadeiro autor do fato criminoso.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 350-351).

<sup>202</sup> PENAL E PROCESSUAL. INSTALAÇÃO DE TERMINAL MARÍTIMO E CENTRO DE DISTRUIÇÃO. CRIMES AMBIENTAIS. ART. 69-A, *CAPUT*, E ART. 67 DA LEI nº 9.605/98. PARECER TÉCNICO E INVENTÁRIO FLORESTAL FALSOS OU ENGANOSOS. AUTORIZAÇÃO E LICENÇA CONCEDIDAS EM DESACORDO COM NORMAS AMBIENTAIS. INDÍCIOS DE FRAUDE. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ART. 69 DA LEI nº 9.605/98. SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO SEM A COMPETENTE LAI. VESTÍGIOS SUFICIENTES DE MATERIALIDADE E AUTORIA. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. POSTERIOR EXPEDIÇÃO DE LAI. AUSÊNCIA DE INDICATIVO DE IRREGULARIDADE. MANUTENÇÃO DA REJEIÇÃO DA EXORDIAL. ARTS. 69-A DA LEI nº 9.605/98. PARECER JURÍCO FALSO OU ENGANOSO. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO.

A **teoria objetivo-material**, por sua vez, tem sido objeto de divergência quanto à sua própria definição. Pablo Rodrigo Alflen explica que a doutrina se divide entre aqueles que a consideram um equivalente da teoria do domínio do fato (ou essa um equivalente daquela), e aqueles que, por outro lado, a consideram uma subespécie de teoria objetiva diversa da teoria do domínio do fato.<sup>203</sup> Em verdade, a teoria veio à tona com o intuito de complementar a

---

CARÁTER OPINATIVO. FALTA DE JUSTA CAUSA. ART. 69 DA LEI nº 9.605/98. LICENCIAMENTO EM PARTES. ATIPICIDADE DA CONDUTA. REJEIÇÕES MANTIDAS. 1. Ao que tudo indica, o servidor da FEPAM expediu AuC em desacordo com as normas ambientais, utilizando-se, dentre outros documentos, de Parecer Técnico por ele firmado anteriormente, bem como de Inventário Florestal entregue pelo empreendedor, os quais continham informações divergentes de laudo elaborado pelo IBAMA. Tendo em conta que o contexto fático aponta indícios de conluio entre os funcionários do órgão ambiental estadual e os representantes das empresas beneficiadas, mostra-se imprescindível instaurar a ação penal para examinar a conduta do servidor, em tese enquadrada nos arts. 69-A e 67 da Lei nº 9.605/98, bem como da pessoa jurídica, de seu responsável legal e dos profissionais técnicos que elaboraram o estudo ambiental, pela suposta prática do crime previsto no art. 69-A da Lei nº 9.605/98. 2. Considerando que a licença ambiental prévia foi concedida pelo gerente da regional da FEPAM com base em documentação de caráter questionável e, diante dos vestígios da existência de ardil, conclui-se que a prova coligida é apta a suscitar juízo de dúvida, razão pela qual deve ser recebida a denúncia para apurar a prática do crime previsto no art. 67, em tese cometido pelo referido servidor. 3. Não se mostra plausível perquirir a responsabilidade criminal do servidor que expediu a licença ambiental de instalação, pois além de tal conduta não ter ofendido o termo de embargo ou o auto de infração lavrados, não há qualquer apontamento sobre a ausência de condicionantes técnicas para sua concessão. Mantida, assim, a rejeição da denúncia pela imputação do art. 69 da Lei nº 9.605/98, atribuída ao funcionário que expediu a LAI. 4. Ao se utilizarem de documentação incompleta para suprimir vegetação da área e, ainda, ao tentarem burlar a fiscalização ambiental, apresentando numeração da LAI antes mesmo dela ser oficialmente expedida, a pessoa jurídica e seus responsáveis, em tese, dificultaram a ação fiscalizadora no trato de questões ambientais. Havendo suficientes elementos acerca da empreitada criminosa relativamente ao art. 69 da Lei nº 9.605/98, impõe-se o recebimento da denúncia. 5. O parecer jurídico elaborado por funcionário da FEPAM não induz a erro sobre a realidade fática dos projetos, mas apenas expõe a opinião técnica do agente, de maneira razoável, fundamentada e, até mesmo, cautelosa. Logo, falta justa causa para o exercício da ação penal relativamente ao crime do art. 69-A da Lei nº 9.605/98, imputado ao servidor. 6. O agente ministerial deixou de apontar, concretamente, a irregularidade perpetrada pelo empreendedor, ao solicitar dois licenciamentos ambientais. Ao que tudo indica, tratava-se de obras com certo grau de independência e, além disso, o IBAMA chancelou a forma de tramitação dos processos, não se verificando, assim, qualquer ilícito. No ponto, mantida a rejeição da denúncia pela atribuição do delito do art. 69 da Lei nº 9.605/98. 7. Recurso a que se dá parcial provimento (TRF4 - Recurso em Sentido Estrito nº 50071272620134047201, 7ª Turma, D.E. 12.3.2014, Rel. Desembargadora Federal Salise Monteiro Sanchotene).

<sup>203</sup> “A teoria objetivo-material atualmente tem sido objeto de divergência quanto à sua própria definição, sendo que, na doutrina, encontram-se aqueles que, por um lado, consideram-na um equivalente da teoria do domínio do fato (ou essa um equivalente daquela), e aqueles que, por outro lado, consideram-na uma subespécie de teoria objetiva diversa da *teoria do domínio do fato*. No primeiro grupo situam-se Stratenwerth, Kuhlen, Renzikowski, Wessels, Beulke e Bacigalupo, os quais entendem que as teorias que aplicam o critério do “domínio do fato” são denominadas indiferentemente de teorias objetivo-finais ou (mais recentemente) de teorias objetivo-materiais. No segundo grupo situam-se Jescheck, Schroeder, Baumann, Gropp, Kindhäuser e Otto, os quais ressaltam que não cabe confundi-las. Este último posicionamento é o mais apropriado.

A teoria *objetivo-material* representada por Feuerbach, Berner, Flegengeheimer, Birkmeyer e Frank, surge como uma complementação à teoria objetivo-formal, na medida em que esta apresenta falhas em relação àquelas hipóteses de crimes de resultado, nos quais falta uma descrição adequada do injusto da ação que possibilite a distinção entre autoria e participação, principalmente no caso de autoria mediata.

Assim, para suprir tais lacunas, em vez da execução da ação típica, tal teoria parte da análise da maior perigosidade que, portanto, deve caracterizar a contribuição para o fato por parte do autor face ao partícipe. Entende-se que, de acordo com tal critério, seria possível reconhecer tanto a autoria mediata, quanto a coautoria daquele que não comete a conduta típica por si mesmo. No que diz respeito especificamente à autoria mediata referia Flegengeheimer, um de seus principais representantes, que esta se justificaria em virtude de uma situação de perigo mais intenso que o da instigação, sendo que isso se verificaria por meio de um cálculo de perigosidade com base na prognose posterior. Como refere Schroeder, tal entendimento de Flegengeheimer foi seguido por

teoria objetivo-formal, na medida em que a antecessora apresenta falhas em relação a hipóteses de crimes de resultado, nos quais falta uma descrição adequada do injusto da ação. Passar-se-ia à análise da maior periculosidade da conduta que a distinguiria do partícipe.<sup>204</sup> Enfim, o critério relevante nessa teoria é a diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas.<sup>205</sup>

A crítica lançada a essa teoria está na dificuldade em se distinguir causa e condição<sup>206</sup> e até mesmo no que consistiria uma conduta mais ou menos relevante.<sup>207</sup> Poder-se-ia falar que as palavras chaves seriam a periculosidade e a relevância da conduta, contudo não há critérios abstratos para definir os contornos jurídicos. Seria exigido demasiado pragmatismo na sua indicação, causando insegurança jurídica.

Além disso, a teoria não explicaria as condutas comissivas por omissão. A omissão poderia ser considerada relevante, mas não há qualquer refinamento teórico para demonstrar que a omissão do empresário teria sido mais relevante que a conduta do empregado que praticou diretamente o fato.

---

Perten, o qual esclareceu, no entanto, que o *grau* de perigo deveria ser verificado em conformidade com a distinção entre causa e condição, já elaborada por Birkmeyer, posto que, se a ocorrência do resultado lesivo depende de uma condição, que se traduz na conduta dolosa, até que surja o motivo determinante do crime, o perigo ainda não atingiu seu grau máximo. (ALFLEN, 2014, p. 71-72).

<sup>204</sup> “A distinção para esse critério, deve ser aferida pelo prisma da eficiência ou relevância causal de cada conduta para a consumação do crime (condutas causais - condutas não causais). Distinguem-se a causalidade física e a psíquica da conduta dos agentes, de forma a verificar se o resultado foi conduzido por tal marcha causal de forma direta, pelo autor; ou indireta, pelo partícipe. Existe outra vertente - *teoria da supremacia do autor* - que distingue o autor do partícipe, conforme haja uma relação de supremacia e de subordinação, respectivamente.” (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 602).

<sup>205</sup> “Segundo um critério *material-objetivo*, a distinção entre autoria e participação deveria ser pesquisada sob o prisma da diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas. O nível em que se processasse tal pesquisa faria com que a distinção transitasse entre condutas causais - condutas não causais; causa - condição; causa adequada - causa inadequada; causa necessária - causa desnecessária; causa positiva - causa negativa; etc.” (BATISTA, 2005, p. 65).

<sup>206</sup> O aspecto mais visivelmente vulnerável de um critério material-objetivo está, como percebe Dell’Andro, em que ele recoloca, no campo do concurso de agentes, toda a perplexidade que, na área específica da causalidade, já fora posta pelo empenho vão no diferenciar causa de condição. Este argumento tem caráter intransponível para o direito penal brasileiro, que explicitamente adotou a teoria da equivalência dos antecedentes. (*Idem*, p. 66).

<sup>207</sup> Nem sempre os tipos penais descrevem com clareza o injusto da ação, dificultando a distinção entre a autoria e a participação, especialmente nos crimes de resultado. A teoria objetivo-material, através de suas inúmeras versões, procurou suprir os defeitos da formal-objetiva, considerando a maior perigosidade que deve caracterizar a contribuição do autor em comparação com a do partícipe, ou a maior relevância material da contribuição causal do autor em relação à contribuição causal do partícipe, ou ainda a maior importância objetiva da contribuição do autor em relação à contribuição do partícipe. No entanto, a desconsideração do aspecto subjetivo e a tentativa de estabelecer diferenças objetivo-materiais com base na causalidade conduziram essa teoria ao fracasso. Com efeito, a dificuldade prática de distinguir *causa e condição* ou mesmo de distinguir causas mais ou menos importantes levaram, finalmente, a doutrina alemã a abandonar a teoria objetivo-material e a adotar expressamente a concepção restritiva de autor, sob o critério formal-objetivo. (BITENCOURT, 2015, p. 556-557).

#### 2.4.2 Teoria subjetiva ou subjetivo-material

Pela teoria subjetiva, a distinção entre autor e partícipe está focada no critério da vontade.

O autor realiza, com vontade de autor, a contribuição causal para o tipo de injusto, ou seja, quer o fato como próprio ou age com *animus auctoris*, mesmo sem realizar ação típica. O partícipe, por sua vez, realiza a conduta com vontade de partícipe e na contribuição causal para o tipo de injusto quer o fato como alheio ou age com o chamado *animus socii*, embora realize ação típica.<sup>208209210</sup>

Como é perceptível, as críticas não são escassas.<sup>211</sup> Saber quando alguém age como autor do crime, sem existir nenhuma baliza objetiva para discernir sobre essa variante psíquica, pode se destacar como principal problema dessa teoria.<sup>212</sup>

<sup>208</sup> “A teoria *subjetiva* distingue autor e partícipe pelo critério da vontade: a) o autor realiza, com vontade de autor, a contribuição causal para o tipo de injusto: quer o fato como próprio ou age com *animus auctoris* - mesmo sem realizar ação típica (se A, com ânimo de autor, garante a segurança de B, na ação de homicídio de C, são ambos coautores); b) o partícipe realiza, com vontade de partícipe, a contribuição causal para o tipo de injusto: quer o fato como alheio ou age com o chamado *animus socii* - apesar de realizar ação típica (homicídio realizado por incumbência da *máfia* ou do *serviço secreto*, por exemplo.” (SANTOS, 2014, p. 346-347).

<sup>209</sup> “La condición de autor no se adquiere psíquicamente, no reside en la mente, en el sentimiento de un sujeto respecto del hecho en el que interviene. Se puede decir, entonces, que lo subjetivo en la autoría y en la participación, en concreto, en el dominio del hecho, no se identifica con el *animus auctoris* o *socii* del sujeto, tal como exigían las teorías subjetivas. Cuando las teorías subjetivas hacían referencia al elemento subjetivo no era de naturaleza cognoscitiva, no era la exigencia que el interviniente conociera que está ejecutando una acción de autoría; lo que se exigía en estas teorías era un elemento volitivo, en el sentido de que el sujeto se atribuyera personalmente el hecho, que lo quiere como propio y no ajeno.” (MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho. Bogotá: Universidad Libre de Bogotá, *Revista Diálogos de Saberes*. Bogotá, n. 22, p. 102, 2005).

<sup>210</sup> “Nesse sentido, embora adote como regra o critério extensivo de autor, esta teoria admite a possibilidade da existência da figura do partícipe, sob uma perspectiva subjetiva, ou seja, por meio da aferição do chamado grau de afetação pessoal para com o fato delituoso. Propugna-se, portanto, a distinção entre autor e partícipe consoante o aspecto anímico dos concorrentes.

Dessa forma, como lecionado por Roxin, pela corrente subjetivo-material, a delimitação entre autoria e participação não segue critérios objetivos, isto é, situados no mundo exterior, mas, sim, critério intrapsíquicos, tais como a vontade, a intenção, os motivos e as atitudes dos concorrentes.

Em termos concretos, pode-se afirmar, por essa corrente teórica, que autor é aquele que atua querendo o resultado como obra sua (*animus auctoris*), ao passo que partícipe concorreria para o fato como vontade espírito de coadjuvante (*animus socii*), isto é, desejando o resultado como obra alheia.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 348-349).

<sup>211</sup> “A crítica aponta dois problemas principais da teoria subjetiva de autor: critérios baseados em fenômenos psíquicos (intelectuais ou emocionais), como *vontade* ou *ânimo* de autor ou de partícipe, não são determináveis diretamente e, portanto, são imprecisos; em tipos que excluem autoria mediata (delitos de mão própria, por exemplo), sujeitos não qualificados não podem ser autores e sujeitos qualificados não podem ser apenas *partícipes*, por mais que queiram o fato como *próprio* ou como *alheio*, respectivamente. Apesar da crítica científica, a teoria subjetiva do autor parece indicar estados psíquicos característicos de autores e partícipes e, por isso, ainda hoje é dominante na jurisprudência alemã.” (SANTOS, *Op. cit.*, p. 347).

<sup>212</sup> “La teoría subjetiva de autor se expone a todas las objeciones que son formuladas contra la teoría subjetiva de la participación del RG., inclusive la “fórmula de intereses” (sobre ello p. 116). También los resultados a los cuales llega, satisfacen tan poco como los resultados de la teoría subjetiva de la participación del RG.” (WELZEL, 1956, p. 109).

Exemplificam-se dois casos mencionados pela doutrina que foram emblemáticos em razão de se causar estranheza a qualificação do participante direto do delito. O primeiro diz respeito ao espião soviético *Staschynkij*<sup>213</sup> e o segundo conhecido como caso *Badewannen*.<sup>214</sup><sup>215</sup> Em ambos os casos, as pessoas que praticaram diretamente o fato típico foram consideradas partícipes pelo fato de os Tribunais alemães entenderem que os agentes não queriam os fatos para si.

No âmbito corporativo, pode-se imaginar a dificuldade de aplicação dessa teoria em casos de sonegação do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. Um amigo de um empresário, conhecedor de normas contábeis, realiza a declaração do tributo a pedido do empresário. Nesse caso, quem seria beneficiado com a conduta fraudulenta seria o próprio empresário. No imaginário do empresário, o crime seria cometido por ele, e, o ânimo da conduta do seu amigo é de ter o delito realizado não para si.

#### 2.4.3 Teorias sobre o domínio

Os estudos sobre as teorias do domínio iniciaram-se com Hegler, em 1915, que foi quem primeiro se utilizou da expressão domínio do fato.<sup>216</sup> Hegler visualizava o domínio do

<sup>213</sup> “O agente do caso em questão, e conforme por ele mesmo confessado, seguindo instruções exaradas pelas autoridades de um serviço secreto estrangeiro, matou, dois ex-políticos na então República Federal da Alemanha de forma livre e consciente, por intermédio de um artefato que disparava veneno mortal. Na ocasião, o agente alegou que havia cometido os homicídios, mas que não quis tais fatos como seus, pois não tinha nenhum interesse particular na morte daquelas pessoas, tendo apesar obedecido, a contragosto, a intenção de matar das autoridades do seu comando político à época, contrariando, enfim, a sua consciência. Segundo Roxin, a decisão final sobre o Caso Staschynskij, pelo Superior Tribunal Federal Alemão (BGH), em 1962, foi sentenciá-lo, apenas, como cumplicidade no duplo homicídio, apesar de ter realizado os ilícitos “de mão própria”, pois, segundo a Corte de justiça, ele não havia querido a realização dos fatos como obras sua. Segundo aquele doutrinador, não obstante a valoração do caso concreto, a decisão do tribunal, ao utilizar-se da teoria subjetivo-material, revelou um desmesurado subjetivismo, acarretando um resultado sem fundamento científico.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 349).

<sup>214</sup> “O caso *Badewannen* ou “caso da banheira”, julgado pelo Tribunal do Reich alemão em 19 de fevereiro de 1940 (RGSt 74, 84 - *Badewannenfall*), obteve ampla repercussão por ser o primeiro caso em que referido tribunal decidiu pela aplicação da teoria subjetiva para determinação da autoria. Entendeu o Tribunal do Reich que para a adequação de uma conduta ao tipo penal do homicídio não basta verificar-se o agente praticou a conduta de forma consciente e voluntária. É necessário, além disso, verificar e comprovar-se se o agente queria a conduta de homicídio como própria ou se, na verdade, queria tão só auxiliar a conduta de outrem. Se alguém quer a conduta como própria orienta-se claramente, quando não exclusivamente, pelo seu próprio grau de interesse no resultado.” (ALFLEN, 2014, p. 75-76).

<sup>215</sup> “Com base nessas premissas considerou-se que poderiam ser partícipe a mulher que afogou o bebê da irmã, porque a sua atuação estava motivada por fazer um favor a esta (chamado caso da banheira, RGSt 74, 84 [1940]), e o agente do serviço secreto soviético que, a mando de um superior, assassinou uma pessoa em território alemão (caso Staschinsky, BGHSt 18, 87 [1962]).” (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: \_\_\_\_\_ et al. Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23-24).

<sup>216</sup> “Fue Hegler el primero que empleó en Derecho penal la expresión “domínio del hecho”. En su monografía de 1915 sobre *Los elementos del delito* introduce en numerosos lugares el término “dominio del hecho” o “dominio

fato com os requisitos materiais da culpabilidade, a qual era, naquela época, constituída por imputabilidade, por dolo e por ausência de exculpação.<sup>217</sup> Hegler, no entanto, não utilizava essa mesma expressão para distinção entre autoria e participação.<sup>218</sup>

Embora a expressão “domínio do fato” tenha aparecido em Frank, em Goldschmidt e em Hermann Bruns<sup>219</sup>, somente em 1939, com Hans Welzel, apareceu esse conceito entrelaçado à doutrina da ação.<sup>220</sup>

Com efeito, Welzel procurou elaborar, pela primeira vez, uma teoria propriamente dita do domínio do fato, que fosse orientada por critérios bem definidos e que servisse de diretriz para o desenvolvimento ulterior da teoria da autoria e da participação.<sup>221</sup> Segundo Welzel, para discernir a respeito da autoria delitiva é necessária a realidade objetiva de que o fato é realmente obra do autor<sup>222</sup>, ou seja, a teoria do domínio final do fato opera diretamente sobre a teoria do injusto.<sup>223</sup>

Existem teorias fundadas no domínio do fato com diversas variantes. Claus Roxin, ao dissertar sobre sua proposta, discorre sobre os representantes da teoria do domínio do fato,

---

sobre el hecho” como concepto básico de la sistemática del Derecho penal.” (ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e de Luís Serrano Gonzáles de Murillo. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 81).

<sup>217</sup> “Bien es verdad que considera ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o, más exactamente, del sujeto del delito, pero lo entiende referido sólo a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, o sea, imputabilidad, dolo e imprudencia, así como la ausencia de causas de exculpación.” (*Idem*, p. 81).

<sup>218</sup> “Pero para delimitar autoría, inducción y complicidad HEGLER no emplea el criterio del dominio del hecho en lugar alguno, si bien existen ciertas relaciones entre su empleo del concepto y el actual en dos sentidos.” (*Idem*, p. 81).

<sup>219</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>220</sup> “Por fin, en 1939 aparece el concepto de dominio del hecho en WELZEL, que enlaza por vez primera la idea de dominio del hecho con la doctrina de la acción, derivando de ésta una “autoría final” basada en el criterio del dominio del hecho. <<La autoría final es la forma más amplia de dominio del hecho final>> dice WELZEL.” (*Idem*, p. 85).

<sup>221</sup> “Projetando-se para além das especulações desenvolvidas até então, Welzel procurou elaborar pela primeira vez uma teoria propriamente dita do domínio do fato, que fosse orientada por critérios bem definidos e que servisse de diretriz para o desenvolvimento ulterior da teoria da autoria e da participação. Com isso, em 1939, apresentou sua concepção de domínio do fato, vinculando-a ao seu conceito de ação final. Os influxos decorrentes da introdução da ideia de ação finalista, na dogmática jurídico-penal, sobre a ideia de autoria são manifestos, sendo suficiente, para tanto, apontar dois principais aspectos: em primeiro lugar, a distinção entre injusto e culpabilidade, baseada no conceito ontológico de ação final e no conceito de culpabilidade referido a valores ontológicos, e, em segundo lugar, a distinção entre crimes dolosos e culposos já no tipo penal.” (ALFLEN, 2014, p. 86-87).

<sup>222</sup> “La teoría del dominio del hecho fue enunciada por Welzel en un trabajo de año 1939 donde sienta las bases de lo que sería su teoría derivada de un concepto final de acción. Para este autor lo decisivo es la realidad objetiva de que el hecho es realmente la obra del autor. “Esta realidad objetiva depende en efecto de momentos subjetivos, en concreto del dominio final del hecho, que sin embargo es más que puramente subjetivo.” (MÁRQUEZ CÁRDENAS, 2005, p. 98).

<sup>223</sup> “Como una diferencia frente a otros planteamientos, la teoría del dominio del hecho opera directamente sobre la teoría de lo injusto, donde el tipo y sus límites son decisivos para la determinación del concepto de autor. Esta teoría responde a un reflejo de la teoría final de la acción que debe proyectarse sobre las acciones tal y como configura el legislador en los tipos penales.” (*Idem*, p. 99).

destacando, além de Welzel, Maurach, Gallas, Richard Lange, Niese, Sax, Busch, Von Weber, Less e Jeschek.<sup>224</sup>

Os principais desenvolvimentos dogmáticos sobre a teoria foram expostos por Welzel<sup>225</sup>, Maurach<sup>226</sup> e Roxin.<sup>227</sup>

Para **Hans Welzel**, a teoria do autor tinha que constituir o centro pessoal da ação do injusto<sup>228</sup> e dividia o conceito de autor em duas nomenclaturas distintas, uma em relação aos tipos culposos, e outra em relação aos tipos dolosos.<sup>229</sup> A pertinência temática deste trabalho força centralizar os estudos em relação às condutas dolosas, e, quanto a isso, Welzel afirmava que autor não era somente aquele que causava um resultado e sim quem tinha o domínio consciente do fato dirigido a um fim. Para distingui-lo do partícipe, mencionava que o autor teria o domínio final do fato em predominância sobre outras participações, pois o instigador e o cúmplice não possuiriam essa característica.<sup>230</sup>

A característica geral da teoria de Welzel é o domínio final do fato, consistente em executar o fato com um fim dirigido sob as bases de sua vontade. Isso não impedia de reconhecer características específicas como objetivas-pessoais, em razão de características pessoais do autor e subjetivas-pessoais, em razão de o tipo penal exigir intenções específicas na

<sup>224</sup> ROXIN, 2000, p. 89-103.

<sup>225</sup> “O conceito de domínio final do fato em Welzel apareceu em 1939 por ocasião da publicação da sua famosa monografia, já anteriormente citada: *Estudios sobre el sistema de derecho penal* (no original: *Studien zum Systems des Strafrechts*). Nessa obra, o autor apresentou os contornos daquilo que ele definiu como domínio final do fato.” (MACHADO, Renato Martins. *Do concurso de pessoas: Delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2015, p. 161).

<sup>226</sup> “Igualmente a Welzel, a concepção da teoria do domínio do fato de Maurach está assentada na teoria finalista da ação. Portanto, pode-se afirmar que a construção da teoria de Maurach se aproxima de uma maneira muito especial da concepção da teoria do domínio do fato de Welzel.” (*Idem*, p. 173).

<sup>227</sup> “Optamos por apresentar as principais discussões relacionadas à origem da teoria do domínio do fato, um breve comentário contemplando os principais aspectos e a sua extensão, e, por fim, o seu desenvolvimento dogmático a partir de seus principais defensores, quais sejam: Welzel, Maurach e Roxin.” (*Idem*, p. 131).

<sup>228</sup> “Injusto es injusto personal, es decir, le es esencial la relación con el autor. Como el autor coacciona lo injusto, pertenece a la teoría de lo injusto el estudio de como él llega a ser autor. La teoría del autor tiene que constituir el centro personal de acción de lo injusto.” (WELZEL, 1956, p. 103).

<sup>229</sup> *Hay dos conceptos completamente distintos de autor:*

a) *del hecho, de los delitos dolosos;*

b) *la autoría estructurada sobre la causación de un resultado evitable, de los tipos culposos.*

Ambos no tienen nada que ver entre sí, y, precisamente por eso, pueden unirse en la realidad uno al otro, pero puede ser el instrumento de un autor doloso. (*Idem*, p. 104).

<sup>230</sup> *No es autor de una acción dolosa quien solamente causa un resultado, sino quien tiene el dominio consciente del hecho dirigido hacia el fin. Aquí se eleva el autor, por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda otra participación. El instigador y el cómplice no tienen el dominio del hecho, sino que sólo han inducido a la decisión del hecho o ayudaron en su ejecución. Por eso, una participación auténtica sólo es posible dentro de los tipos dolosos.*

La aceptación de ayuda o aun de instigación a un hecho principal no doloso, conduce a graves interpretaciones erróneas: ¿es que há de ser el contenido de una sentencia injusta (la estafa procesal) “uma instigación” o §336 (compárese, WELZEL, Z., 1-211 y ss.;equivocado, SCHÖNKE, §48, V, VI, §49, IV). (*Idem*, p. 104-105).

prática da conduta.<sup>231</sup> Deve-se perceber que, quanto aos delitos especiais, Roxin se vale da teoria da infração de um dever, conforme será visto.

Welzel entendia também que não precisava executar os delitos pela própria mão, desde que conservasse o domínio pleno do fato. O autor poderia executar o fato por meios mecânicos ou se utilizar de terceiros, os quais funcionariam como instrumentos.<sup>232</sup>

Essas variações da autoria mediata aconteceriam em algumas hipóteses como a do terceiro que atuasse sem dolo<sup>233</sup> ou sem liberdade<sup>234</sup>. Nesta última circunstância, a ausência da liberdade ocorreria em razão do estado de necessidade por coação<sup>235</sup> ou na utilização de crianças de pouca idade ou enfermos, mas somente quando estes não demonstrassem atuar finalisticamente<sup>236</sup>. Por fim, ocorreria também a autoria mediata quando faltassem as características objetivas pessoais do autor, como é o exemplo de o servidor público se valer de um terceiro para praticar crime contra a Administração Pública<sup>237</sup>, e a ausência de

---

<sup>231</sup> “El concepto finalista de autor resulta de las determinaciones fundamentales del concepto de la acción finalista y del de lo injusto personal, ya que, como se sabe, la teoría de autor no tiene otro fin que el de destacar el centro personal de acción del hecho antijurídico. Por eso pertenece a la autoría en general el dominio finalista del hecho (como elemento general de lo injusto personal de los tipos dolosos); a él se agregan, en muchos casos, como elementos específicos de autoría, las características objetivas y subjetivas personales de lo injusto. Pertenecen al concepto de autor:

1. La característica general de autor: el dominio finalista del hecho. Dueño del hecho es quien lo ejecuta en forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad.

2. Las características específicas de autoría:

a) las características objetivas-personales de autor: los especiales deberes del autor, inmanentes a su posición; p. ej. como funcionario, soldado, etc.;

b) las características subjetivas-personales de autor: las intenciones especiales, tendencias y formas de ánimo o de sentimiento; p. ej., intención de apropiación, propósito desonesto, ánimo brutal.

El dominio finalista del hecho es la característica general de la autoría. En cambio, los elementos personales de autor únicamente son necesarios donde el tipo particular los contiene como presupuestos de la autoría. P. ej., en los delitos propios de los funcionarios públicos (§§ 331 y ss.); delitos con determinada intención (§§ 242 y 263), y cosas semejantes.” (*Idem*, p. 105-106).

<sup>232</sup> “Autoría mediata, a consecuencia de falta de dominio finalista del hecho por el tercero, en dos casos: en la falta del actuar dirigido (con miras al resultado del delito) y en la falta de la propia decisión del hecho, cuando el sujeto es utilizado como instrumento.” (*Idem*, p. 106).

<sup>233</sup> “a) En la utilización de un tercero que actúa no dolosamente, siendo indiferente que el tercero actúe culposamente o completamente sin culpa.” (*Idem*, p. 106).

<sup>234</sup> “En la utilización de un tercero que actúa, por cierto finalísticamente, con miras al resultado del delito, pero que actúa sin libertad.” (*Idem*, p. 107).

<sup>235</sup> “a) en el estado de necesidad por coacción, Ej 52 (p. 184). A obliga a B, embarazada, bajo amenazas graves, a ingerir un abortivo. B no actúa antijurídicamente: A es autor (mediato) del aborto (RG., 3 1-395). En general, en el acarreo intencional de una situación de necesidad (estado de necesidad, defensa legítima), para un tercero, al que se obliga a actuar como el autor quiere (véase p. 109);” (*Idem*, p. 107).

<sup>236</sup> “El segundo grupo comprende la utilización de niños de poca edad o de ciertos enfermos mentales carentes de voluntad, que actúan, por cierto, finalísticamente, pero que ejecutan sin voluntad una voluntad ajena, y a los que, de ese modo, el autor tiene completamente en su mano. Sin embargo, ésta no es una norma general: también el menor (eventualmente un joven de doce años) o el enfermo mental pueden desplegar una voluntad propia; entonces la participación de terceros en estos hechos, constituye instigación o complicidad (véase p. 116).” (*Idem*, p. 107-108).

<sup>237</sup> “a) Características objetivas-personales de autor: Un funcionario se vale de un no funcionario para cometer un auténtico delito contra la administración; p. ej., la confección de un documento falso (S 348, inc. 1); el funcionario es autor; el no funcionario, que carece de esa característica objetiva personal de autor, es solamente un ayudante; es el llamado instrumento, carente de calificación.” (*Idem*, p. 108).

características subjetivas pessoais, que é a ausência do elemento subjetivo do tipo em um dos intervenientes<sup>238</sup>.

Denota-se que, segundo a teoria do domínio final do fato, não há a previsão do “autor atrás do autor”.

Quanto à coautoria, Welzel afirma que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Exige, no entanto, que esse caráter comum ocorra tanto sobre o planejamento do fato criminosos como também é essencial a execução conjunta desse mesmo fato.<sup>239</sup>

Com relação a **Reinhart Maurach**, cumpre apresentar apenas os principais pontos divergentes ao que foi relacionado a Welzel, eis que ambos os juristas partem também de uma concepção finalista da ação.<sup>240</sup>

Maurach se afasta da teoria do dolo para delimitar a autoria à luz do domínio do fato,<sup>241</sup> e, ao contrário de Welzel, entende pela possibilidade da existência da figura do “autor atrás do autor”,<sup>242</sup> inclinando-se favoravelmente a maior amplitude da autoria mediata. Essa amplitude estaria caracterizada na possibilidade de relações fáticas de poder em detrimento de uma valoração sobre a conduta do executor do fato, entre elas o domínio psíquico.<sup>243</sup>

A distinção das ideias de Maurach e de Welzel também reside no fato de que, na coautoria, Maurach entende que não é necessário ter uma contribuição na fase preparatória e

<sup>238</sup> “b) Características subjetivas-personales de autor: Un agricultor deja, con intenciones de apropiación, arrinconar pollos ajenos en su gallinero, a un peón que conoce la situación. El agricultor comete hurto; el peón, que carece de intención, como característica subjetiva de autor del 13 242, solamente ayuda. Es el llamado instrumento doloso carente de intención.” (*Idem*, p. 108).

<sup>239</sup> “La coautoría es autoría cuya particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien, estando en posesión de las condiciones personales de autor, y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, coparticipa en la ejecución del delito. La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Todo coautor complementa con su parte del hecho las partes del hecho 'de los demás en un total delictuoso; por eso responde también por el total (§ 47).” (*Idem*, p. 113).

<sup>240</sup> “También MAURACH llega a su teoría del dominio del hecho sobre la base de la teoría final de la acción. Al igual que WELZEL, sólo emplea la idea del dominio del hecho como criterio de la autoría en los delitos dolosos.” (ROXIN, 2000, p. 90).

<sup>241</sup> “Globalmente, cabe señalar que MAURACH desarrolla la idea del dominio del hecho de modo aún más puro y amplio que WELZEL. Especialmente su teoría se muestra como absolutamente independiente de la teoría del dolo.” (*Idem*, p. 92).

<sup>242</sup> “A diferencia de WELZEL, que propugna excluir estos casos del ámbito de la autoría, MAURACH considera que también hay “dominio del hecho” y por tanto autoría mediata en el sujeto de detrás cuando el executor actúa dolosa y culpablemente, por ejemplo, en el caso en que el “instrumento” se den los requisitos de los §§51, 52 StGB, reconociendo, pues, la figura del “autor de detrás del autor.” (*Idem*, p. 91).

<sup>243</sup> “Maurach argumenta que a autoria mediata não está limitada a uma ação defeituosa do instrumento que executa a ação típica. Para ele, como se disse, é perfeitamente possível a figura da autoria mediata frente a um terceiro, executor material do crime, que atue de modo plenamente delitivo. Ressalta Maurach, ainda, que o critério da vontade de autor e da vontade de partícipe não é suficiente para conduzir o executor material do crime (homem da frente) à condição de cúmplice. Nos casos em que o agente tem o domínio psíquico sobre o executor material punível, não se deve falar em indução, senão em autoria mediata. Aqui, para Maurach, o autor de trás deve ser punido como autor mediato.” (MACHADO, 2015, p. 178).

nem é essencial no momento da execução, pois o relevante é que o agente tenha em mãos o acontecer do fato típico.<sup>244</sup>

**Claus Roxin** apresenta a teoria do domínio do fato em uma versão diversa. A figura da teoria domínio do fato, nela incluída de forma inédita o domínio da organização, foi desenvolvida em artigo publicado em 1963<sup>245</sup>, e, posteriormente, no mesmo ano, foi objeto de sua monografia.<sup>246</sup>

A teoria do domínio do fato é considerada, atualmente, o critério dominante para delimitação da autoria e da participação nos crimes dolosos.<sup>247</sup>

Essa teoria se propõe a resolver um problema jurídico concreto que é a distinção entre autor e partícipe. Na concepção de Luís Greco e de Alair Leite, não significa que referida teoria sirva para imputar ou não a responsabilidade a uma pessoa, mas apenas indicar se esse mesmo agente deve ser punido como autor ou como partícipe.<sup>248</sup> Além disso, a pretensão lançada não tem abrangência universal de casos. Destina-se a resolver delitos comuns comissivos dolosos.

A ideia matriz da teoria do domínio do fato é a figura central do acontecer típico. Segundo Roxin, as circunstâncias que convertem alguém na figura chave do sucesso da ação

<sup>244</sup> “Para determinar la coautoría MAURACH no da importância al carácter común de la resolución del hecho, puesto en tan primer plano por WELZEL, a la “voluntad incondicionada de realización”. Su criterio general para el dominio del hecho, el “mantener en las propias manos el curso del hecho típico”, le sirve también para caracterizar la coautoría. A tal efecto, según su teoría - frente a la de WELZEL -, no es necesariamente exigible alguna cooperación en la ejecución del hecho mismo, aunque sea en la fase de preparación o de modo insignificante. MAURACH reconoce expressamente la posibilidad de coautoría “intelectual”, diciendo: <<Por tanto, coautor es aquel que, sin poner manos a la obra, supervisa el curso del hecho, dirigiéndolo; inductor, aquel que, sin poner manos a la obra, supervisa el curso del hecho llega hasta determinar a cometer el hecho al aún no decidido; cómplice, aquel cuya cooperación se limita a reforzar al que está decidido a cometer el hecho, y con tal resultado estos dos últimos “dejan de su mano” el hecho>>. Por eso para él es coautor el jefe que dirige desde lejos la intervención de los miembros de su banda.” (ROXIN, 2000, p. 91).

<sup>245</sup> “A primeira publicação da teoria foi nominada com o título “*Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*” e se encontra na revista “*Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*” (GA) 1963, p. 193-207. A primeira tradução inglesa do texto está acessível no t. 9, nº 1 (2011), do Journal of International Criminal Justice (JICJ), p. 193-205. Vide nota de rodapé Cf. ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). Tradução de Raquel Lima Scalcon. In: AMBOS; Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 311.

<sup>246</sup> A laboração mais ampla da teoria se encontra no livro “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, 8º ed., 2006, p. 242-251; 704-717. (1º ed., 1963, 8ª., 2006). Vide nota de rodapé Conf. ROXIN, 2013. p. 311.

<sup>247</sup> “A teoria do domínio do fato, também conhecida como objetivo-final, constitui-se, atualmente, o critério dominante para delimitação da autoria e da participação nos crimes dolosos. Com efeito, a teoria do domínio do fato se impôs sobre as correntes que a precederam, tendo em vista, em linhas gerais, as insuficiências de um conceito de autor excessivamente formal (somente quem realiza o verbo do tipo), ou excessivamente material (que considera autor todos os que se inserem na causalidade do fato), ou puramente subjetivo (onde a condição de autor partiria da vontade do agente), bem assim onde a figura híbrida de “instigador-autor” guarde especificidade com o direito português.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 353).

<sup>248</sup> “A teoria do domínio do fato, como toda teoria jurídica, direta ou indiretamente, o deve ser, é uma resposta a um problema concreto. O problema que a teoria se propõe a resolver, como já se insinuou, é o de *distinguir entre autor e partícipe*. Em geral, assim não se trata de determinar se o agente será ou não punido, e sim se o será como autor, ou coo mero partícipe.” (GRECO; LEITE, 2014, p. 22).

são numerosas e seu conhecimento requer um ato de compreensão espiritual.<sup>249</sup> Segundo o próprio jurista alemão, não é possível entender o domínio do fato como um conceito indeterminado<sup>250</sup>, nem mesmo como conceito fixo. O domínio do fato, segundo sua própria concepção, é um conceito aberto.<sup>251</sup>

Os conceitos de autoria e participação derivam de critérios lógico-objetivos, mas não há impedimento de que o legislador possa deliberar sobre qual dessas estruturas deve recair a regulamentação.<sup>252</sup>

Com essa ideia matriz, Roxin desenvolve os conceitos do domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional do fato.

#### 2.4.3.1 Domínio da ação

A primeira espécie de domínio do fato é o domínio da ação e é característico da realização do tipo pela própria mão. Segundo Claus Roxin, quem, não coagido e sem ser dependente de qualquer esfera social superior, realiza os elementos do tipo de própria mão é autor.<sup>253</sup>

<sup>249</sup> “Las circunstancias que convierten a alguien en figura clave del suceso de acción son numerosísimas y su conocimiento requiere un acto de comprensión espiritual.” (ROXIN, 2000, p. 91).

<sup>250</sup> “Por eso, si se quisiera entender el “dominio del hecho” como concepto indeterminado, no referible a ulteriores elementos concretos, habría que permenercer forzosamente en la directriz (elaborada *supra*) para la valoración judicial. Sin embargo, eso sería muy poco. Un punto de partida metodológico ofrece ciertamente la posibilidad de elaborar un concepto dogmáticamente útil, pero no puede suplir a este concepto.

De onde se deduce que un concepto indeterminado de dominio del hecho no podría justificarse por la preformación social de su contenido.” (*Idem*, p. 91).

<sup>251</sup> “En segundo lugar, el concepto abierto, tal como se le entiende aquí, se caracteriza por que la descripción, ciertamente, por una parte delimita con precisión los casos típicos en la intervención de varios en el delito, permitiendo así acceder a un enjuiciamiento generalizador, pero, de outro lado, por que, allí donde lo impredecible de las posibles circunstancias veda cualquier solución generalizadora, mediante el empleo de principios regulativos, deja abiertos para la valoración judicial ciertos huecos.” (*Idem*, p. 148).

<sup>252</sup> “Levando em consideração os inconvenientes apontados pelo acolhimento isolado de cada uma das bases metodológicas anteriormente referidas, Roxin se filia a uma metodológica estruturada sobre uma composição entre métodos ôntico e normativo. Pondera Roxin que a matéria objeto de regulamentação pelo direito constitui um dado ontologicamente prévio e que compõe a realidade das coisas, sendo, portanto, insuscetível de ser modificada pelo legislador. Porém, a despeito de o legislador não poder modificar essa estrutura lógico-objetiva, nada impede que ele delibere sobre qual dessas estruturas deverá recair sua regulamentação.

Essa é, para Roxin, a metodologia que deve reger a delimitação da autoria: a autoria e a participação são dados ontológicos prévios e imodificáveis. Conquanto imodificáveis, esses dados são passíveis de serem valorativamente delimitados pelo legislador. Afirma-se, dessa forma, que Roxin acolhe, como base metodológica para a delimitação da autoria, uma síntese entre os métodos ontológico e normativo.” (MACHADO, 2015, p. 190).

<sup>253</sup> “En este grupo de casos relativamente fácil anticipemos el resultado: quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho.

Se trata aqui del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la “concepción natural de la vida” y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano.” (ROXIN, *Op. cit.*, p. 151).

Essa forma básica de atuação se assemelha à teoria objetiva-formal e não se vê nenhum empecilho para a atuação simples e solitária do sujeito que decide praticar o delito. Nesse passo, o domínio da ação é aplicável ao empresário que sozinho pratica o fato criminoso de forma dolosa.

As divergências mostram-se mais acentuadas nas outras vertentes.

#### 2.4.3.2 Domínio da vontade

O domínio da vontade, equivalente à autoria mediata, é subdividida em *domínio pelo erro*, *domínio pela coação* e *domínio pelos aparatos organizados de poder*.

Claus Roxin afirma que no domínio da vontade não há ação típica de própria mão por parte do autor, mas somente o poder de direcionar a conduta alheia.<sup>254</sup>

Na primeira subespécie há o *domínio pela coação*, consistente na influência psíquica do homem de trás sobre a pessoa coagida, a qual é exonerada de responsabilidade em virtude da situação criada pelo sujeito coator.<sup>255</sup> Para caracterização dessa coação, explica o jurista que se devem verificar as peculiaridades das manifestações. Com isso, não se pode deduzir que qualquer ameaça sobre os empregados será suficiente para exonerá-los de responsabilidade.

Na segunda subespécie há o *domínio pelo erro* com a possibilidade de se apresentar em múltiplos aspectos. Em síntese, o autor mediato se serve de uma pessoa que fica caracterizada como um instrumento no atuar delitivo, pois desprovida do conhecimento da ilicitude que comete.<sup>256</sup> É uma hipótese comum de acontecer em organizações empresariais, sobretudo quando se demanda conhecimentos específicos que estão acumulados na cúpula da sociedade.

Cabe mencionar que, quanto à *inimputabilidade*, na qual estão inseridas as pessoas absolutamente incapazes em virtude do incompleto desenvolvimento mental, bem assim

<sup>254</sup> “Mientras que allí la realización de la acción típica de propia mano fundamenta la autoría, aquí se trata de casos en los que falta precisamente la “acción” ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de “dominio de la voluntad” en autor.” (*Idem*, p. 166).

<sup>255</sup> “El análisis de todos los supuestos coactivos há dado lugar a una solución unitária. Una coacción que presta al sujeto detrás el dominio de la voluntad convirtiéndolo en autor mediato, se da siempre que (pero sólo cuando) el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de detrás.” (*Idem*, p. 193).

<sup>256</sup> “La situación en que el sujeto de detrás se sirve de un instrumento bajo error para cometer un delito pasa por ser el segundo caso clásico, e indiscutido en lo fundamental, de autoría mediata.” (*Idem*, p. 194).

aquelas com menoridade penal, Roxin entende que essas questões estariam em uma zona mista, intercambiando entre a coação e o erro.<sup>257</sup>

Por fim, na última hipótese, há o *domínio pelos aparatos organizados de poder*, apresentada de forma inaugural em 1963 por Roxin. Essa distinção entre autoria e participação apresenta mais uma diferença em relação à teoria do domínio final do fato, pois, até então, pela concepção de Hans Welzel, não existia a figura do “autor atrás do autor”.<sup>258</sup> Nas hipóteses anteriores, seja por coação ou seja por erro, o sujeito que executa o fato não possui livre manifestação ou vontade específica de praticar o ato ilícito. Nesta nova hipótese, desde que reconhecidos os elementos estruturantes da teoria, seria possível responsabilizar tanto aquele que ordena, a título de autor mediato, quanto aquele que executa, a título de autor imediato.

Roxin apresentou como os fundamentos estruturais do domínio da organização a fungibilidade do executor,<sup>259</sup> a limitação do domínio da organização dos aparatos à margem da legalidade<sup>260</sup> e a consideração da estrutura do domínio do fato como conceito aberto<sup>261</sup>.

<sup>257</sup> “La cuestión del dominio del hecho en la utilización de inimputables y menores ha de resolverse, por tanto, com ayuda de los mismos criterios a los que ya se recurrió para las situaciones de coacción y de error. Aquí se trata de una peculiar zona mixta: el dominio de la voluntad del sujeto de detrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de voluntad del ejecutor directo o en que (como en los casos de error) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido. La mayoría de las soluciones incorrectas en este ámbito se derivan de desconocer el doble carácter del posible dominio del hecho en tales casos. De basarse en esta idea, tendría que alcanzarse entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho una unidad mayor que la que se ha producido en el tratamiento hasta ahora fragmentario de este grupo de problemas.” (*Idem*, p. 269).

<sup>258</sup> “Há além das acima mencionadas, uma situação adicional, mais notória de autoria mediata por meio de um instrumento plenamente responsável. Trata-se da terceira forma de autoria mediata: além do domínio sobre a vontade de um terceiro por meio de erro ou de coação, propõe Roxin, de forma original, que se reconheça a possibilidade de domínio por meio de um *aparato organizado de poder*, categoria que ingressou na discussão científica em artigo publicado por Roxin em 1963 na revista *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, e que é objeto constante das manifestações de Roxin.” (GRECO; LEITE, 2014, p. 27).

<sup>259</sup> “El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor. La estructura de esta forma de dominio y su relación con las otras dos formas básicas de dominio de la voluntad cabe incluso anticiparla, llevando a cabo una abstracción en tipos ideales a partir de la pluralidad de los sucesos reales. Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizarse como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiante a voluntad. En este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que há de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sono como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje - sustituible em cualquier momento - en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.” (ROXIN, *Op. cit.*, p. 272-273).

<sup>260</sup> “De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las

Em manifestações posteriores, Roxin declarou expressamente que para a configuração dos aparatos organizados de poder seria necessário o poder de mando<sup>262</sup>, a desvinculação da ordem jurídica<sup>263</sup>, a fungibilidade dos executores<sup>264</sup> e a predisposição dos executores para a prática delitiva<sup>265</sup>. Este último requisito, que não constava na proposição original, foi realinhando posteriormente para considerá-lo apenas como uma consequência dos requisitos anteriores<sup>266 267</sup>.

---

órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leys tienen el rango supremo y normalmente excluyen del sujeto de detrás.” (*Idem*, p. 276-277).

<sup>261</sup> “El concepto de dominio del hecho no es, pues, algo listo desde el principio, cerrado en sí mismo, a lo que quepa someter cualquier supuesto de hecho por la vía de la mera subsunción, sino que sólo obtiene su forma concreta discurriendo por los distintos ámbitos de la materia de regulación, cada uno de los cuales añade al concepto no cerrado de autor nuevos rasgos concretos.” (*Idem*, p. 279).

<sup>262</sup> “Autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rigidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo.” (*Ibidem*, 2006, p. 244).

<sup>263</sup> “Desde el principio he postulado la desvinculación del ordenamiento jurídico [“*Rechtsgelöstheit*”] del aparato de poder como condición indispensable del dominio de organización.” (ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista de Estudios de la Justicia*. Santiago, n. 7, p. 245, 2006).

<sup>264</sup> “También la fungibilidad, esto es, la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo, fue siempre para mí una característica esencial del dominio de la organización. La ejecución de órdenes del hombre de atrás - ésta era mi tesis - se asegura, en gran parte, precisamente porque muchos ejecutores potenciales está disponibles, de modo que la negativa u outro fallo de un individuo no puede impedir la realización del tipo.” (*Idem*, p. 245).

<sup>265</sup> “Con los criterios del poder de mando, la desvinculación al Derecho y la fungibilidad tampoco se han designado todavía exhaustivamente - de modo distinto a como originalmente había creído - las circunstancias sobre las que se apoya el dominio del hecho [*Tatherrschaft*] de los hombres de atrás [*Hintermänner*]. Hay que añadir todavía factores que en sus consecuencias califico como “disponibilidad al hecho del ejecutor considerablemente elevada”.” (*Idem*, p. 246).

<sup>266</sup> “Yo estoy de acuerdo con esto pero opino, después de reflexionar una vez más, que si bien es correcto, para fundamentar la autoría mediata en el marco de aparatos organizados de poder, invocar <<la considerablemente elevada disposición al hecho del ejecutor>>, no obstante esto no constituye un presupuesto autónomo sino que se deduce de los otros presupuestos del dominio de la organización.

Fueron muchos y variados los motivos que yo había hecho valer para la disposición esencialmente elevada al hecho del ejecutor en el marco de organizaciones delictivas. En primer lugar se tiene a la organización jerárquica, la cual ya por sí misma es idónea para provocar tal tendencia de adaptación. Luego está el <<poder de mando>> de los sujetos de detrás que, si bien no alcanza el grado de una coacción, puede acercarse a ella un buen trecho. Muchas veces el ejecutor dispuesto, en caso de negarse a obedecer, tendrá que temer la pérdida de su puesto, el desprecio de sus colegas u otras desventajas sociales, y con ello se verá apremiado hacia una mayor disponibilidad al hecho. Adicionalmente, el <<apartamiento del Derecho>> del aparato puede elevar la disponibilidad al hecho haciendo que el ejecutor ceda ante sus pretensiones de hacer carrera, su necesidad de figurar, su ceguera ideológica o incluso a motivaciones sádicas u otras de carácter criminal, suponiendo que no sería perseguido penalmente. Y finalmente, incluso la fungibilidad de los individuos puede llevar a una disposición al hecho cuando alguien que por sí solo nunca cometería tales hechos, sólo lo hace diciéndose a sí mismo: <<Si you no hago, otros lo harán de todos modos>>.

Entonces, en la <<esencialmente elevada disponibilidad al hecho>> se trata de un fenómeno que si bien es sostenido por los tres <<pilares básicos>> del dominio de la organización (poder de mando, apartamiento del derecho, fungibilidad), también refuerza la fundamentación para afirmar la existencia del dominio del hecho del sujeto de detrás. Y es que el dominio del sujeto de detrás depende de la seguridad con la cual pueda imponerse la orden. Este dominio se ve considerablemente incrementado cuando, debido a las condiciones específicas de la organización, se pueda contar con una elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.” (ROXIN, Claus. Dirección de la organización como autoría mediata. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, Tomo 62, n. 1, p. 63-64, 2009).

<sup>267</sup> Luís Greco e Alaor Leite, em apertada síntese, elucidaram o sentido da teoria: “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

Essa forma de expressão de domínio será aprofundada nos próximos capítulos.

#### 2.4.3.3 Domínio funcional do fato

O domínio funcional do fato é o sinônimo de coautoria. Com base na divisão funcional de tarefas, imputa-se a qualificação da autoria para todos aqueles que intervirem com domínio do fato durante a execução do delito. Nesse aspecto, Claus Roxin destaca que aquele que prepara a prática delitativa não é autor, pois até mesmo quem tenha cooperado para uma empreitada criminosa poderia dominar o curso do acontecimento.<sup>268</sup>

As formulações teóricas de Roxin não estão isentas de críticas. Pablo Rodrigo Alflen, por exemplo, entende que a teoria não foi construída sobre solidez suficiente.<sup>269</sup> Argumenta que não há definição do conceito de domínio do fato, a teoria se utiliza de generalidade, há contradição conceitual, entre outros defeitos.<sup>270</sup>

Em que pesem essas críticas, a teoria do domínio do fato, conforme afirmado, é teoria mais acolhida na doutrina e na jurisprudência. Disso resulta que o seu absoluto afastamento deve vir acompanhado de novas proposições que possam apresentar diretriz no tratamento do tema.

---

automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados.” (GRECO; LEITE, 2014, p. 27-28).

<sup>268</sup> “1. En el centro del acontecer relevante para la consideración penal se encuentra el hecho, tal como el legislador lo ha descrito en los distintos tipos. Por tanto, la figura central del suceso de la acción, en el sentido antes explicado, no puede serlo alguien que no haya tomado parte en la realización de este hecho, sino que sólo haya ayudado a crear las condiciones previas del delito. Más bien éste se ve desplazado forzosamente a la periferia del suceso. Con arreglo a lo expuesto antes esto no requiere de ulterior aclaración.  
2. Tampoco cabe decir que alguien que sólo ha cooperado preparando pueda realmente “dominar” el curso del suceso. Si el otro obra libre y autonomamente, en la ejecución él queda dependiendo de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo. En la cooperación conforme a la división del trabajo en la fase ejecutiva ello es completamente distinto: aquí las aportaciones parciales se imbrican de manera que cada uno depende de su compañero y el abandono de uno hace fracasar el plan. Pero quien sólo contribuye a auxiliar en la preparación en algún momento tiene que “dejar de su mano” el hecho y confiar a partir de entonces en el otro.” (ROXIN, 2000, p. 325).

<sup>269</sup> “Em que pese a autoridade de Roxin, o esmero com que edificou sua construção acerca do domínio do fato, bem como o esforço de décadas em prol da fundamentação de sua concepção, os pilares sobre os quais repousa sua teoria parecem apresentar uma quantidade excessivamente maior de areia do que cimento, de modo a não constituir solidez suficiente que lhe permita resistir à crítica, conforme se pretende demonstrar.” (ALFLEN, 2014, p. 151).

<sup>270</sup> *Idem*, p. 151-158.

#### 2.4.3.4 Domínio sobre a causa de um resultado

A responsabilidade por delitos omissivos impróprios tem por função tutelar bens jurídicos e a sua relevância político-criminal é destacada por Bernd Schünemann, sobretudo na criminalidade de empresa.<sup>271</sup>

Schünemann faz críticas quanto à posição de garante fundado somente no contrato ou na lei. Essa posição formal não se coadunaria com o ordenamento metajurídico penal<sup>272</sup>, pois as razões de imputabilidade penal extraídas do Direito Ccivil não contêm elementos de partidas válidos para dedução de uma equivalência entre ação e omissão.<sup>273</sup>

Em substituição a esses postulados formais, o jurista alemão entende que somente haverá efetivamente a posição de garantidor quando exercer o domínio sobre o foco de perigo de lesão ao bem jurídico. Esse domínio é fundado no poder de mando que o superior exerce sobre as ações dos subordinados, bem como na obtenção de informação pela qual pode guiar adequadamente a sua conduta.<sup>274</sup>

Embora Claus Roxin não aplique a teoria do domínio para delitos omissivos, a proposta realizada por Schünemann se mostra atraente, na medida em que afasta eventuais argumentos de inexigibilidade de conduta diversa, que podem ser arguidas com alguma frequência no âmbito dos crimes empresariais.

<sup>271</sup> “La eminente importância político-criminal del delito improprio de omisión en el ámbito de la criminalidad de empresa resulta de la habitual divergencia, ya mencionada, entre acción y responsabilidad en las instituciones jerárquicas.” (SCHÜNEMANN, 1988, p. 533).

<sup>272</sup> “El principal fallo de la teoría formal del deber jurídico, el de considerar que la posición de garante es idéntica a deber jurídico meta-juridicopenal (...)” (SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropria. Tradução de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Maracial Pons, 2009, p. 265).

<sup>273</sup> “Ni la tríada clásica de garantía de Ley y contrato, ni su materialización a través de las categorías de vinculación natural (o bien de concreta relación vital) y de la aceptación, contienen elementos de partida suficientes para la deducción de una equivalencia entre la acción y la omisión fundamentada en el deber de impedir el resultado de la jerarquía de la empresa;” (*Ibidem*, 1988, p. 535).

<sup>274</sup> “Junto a la posición de garante a causa del dominio sobre cosas y procedimientos materiales peligrosos existe la *responsabilidad de garantía de los superiores por las acciones de sus subordinados*, que resulta del dominio del superior a causa de la organización jerárquica de la empresa y a pesar de la responsabilidad penal de los propios subordinados. Este dominio se basa no sólo en el *poder legal de mando* que se hace efectivo a través del derecho de dirección del empleador, sino del mismo modo en el mayor *fondo de información* del superior, que posee conocimiento del dominio a través de la compactación de la información (sólo parcialmente reproducible en los niveles más bajos); conocimiento que, al igual que su poder de mando, institucionalizado en polifacéticas formas, puede también utilizar en conexión con la fungibilidad del concreto subordinado para una dirección de las conductas que, en el caso ideal, es completa.” (*Ibidem*, 1988, p. 533).

#### 2.4.4 Teoria da infração de um dever

Embora a teoria do domínio do fato tenha tido boa acolhida na doutrina e tenha sido reiteradamente utilizada em decisões judiciais (sem desconsiderar as críticas<sup>275</sup>), Claus Roxin explica que a autoria fundada no domínio<sup>276</sup> não seria extensível a todos os tipos penais.

A seara de aplicação da teoria sobre o domínio abrangeria aqueles tipos penais comissivos dolosos não especiais, enquanto que a teoria de infração de um dever também abarcaria um leque não menos considerável. Estariam nesses tipos penais aqueles qualificados como especiais, como os praticados por funcionários públicos e diversos outros que exigiriam qualificação especial do autor.<sup>277</sup>

Explica Roxin, no entanto, que há de se ter cautela quanto à observância das exigências do tipo, pois o elemento especial pode não ser extraído somente do seu teor literal. O tipo penal pode indicar o responsável pela conduta mediante interpretação que deve ser retirada do ordenamento jurídico extrapenal.<sup>278</sup>

Roxin explica também que não é exatamente a qualidade abstrata de um sujeito que o qualifica como *intraeus*, mas o dever específico que se impõe ao comportamento adequado.<sup>279</sup> Portanto, o dever de proteção ao bem jurídico é extraído do dever extrapenal que

<sup>275</sup> “A jurisprudência, cada vez mais, reconhece o domínio do fato como critério de distinção entre autor e partícipe, apesar de alguns equívocos na sua aplicação.” (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 607).

<sup>276</sup> “Los tipos em los que autoría y participación se destacan recíprocamente, no por posiciones de deber especiales, sino por el dominio del hecho, cabría calificarlos como “delitos de dominio”.” (ROXIN, 2000, p. 388).

<sup>277</sup> “Aquí sólo pueden trazarse contornos y dar indicaciones para la incardinación de algunos preceptos especialmente controvertidos. Así, pertenecen a los delitos de infracción de deber, en principio, los delitos de funcionarios propios e improprios; además, los delitos de profesionales; asimismo, el abuso de confianza o administración desleal (§266 StGB) y el desfalco como caso cualificado de apropiación indebida (§246 StGB). Tampoco suelen ser problemáticos los incumplimientos de determinadas obligaciones familiares o analogas (§ 170, 170<sup>a</sup>-d, 171, 172). Asimismo, los incumplimientos de tareas de asistencia y guarda (por ejemplo, §§ 174, 175<sup>a</sup>, núm. 2, 181, párrafo 1, número 2, párrafo 2, 2<sup>a</sup> alternativa, párrafo 2, 223 b), y el §142 (aleijamiento indebido del lugar del accidente), ya indicado *supra* como ejemplo.” (*Idem*, p. 419).

<sup>278</sup> “Mientras que en estos casos la virtualidad fundamentadora de la autoría del elemento del deber se extrae sin dificultad de la formulación del tipo, a veces hace falta un análisis más profundo para hacer salir a la luz la estructura de la autoría no evidente desde el tenor literal.” (*Idem*, p. 419).

<sup>279</sup> “Por tanto, podemos considerar cierto que sólo un *intraeus* puede ser autor de los delitos de funcionarios. Examinando más de cerca el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría. Otro tanto es válido para los demás delitos de funcionarios y delitos especiales: por ejemplo, el § 340 (lesiones en ejercicio de cargo) no abarca toda lesión cometida por funcionario, sino que el hecho tiene que estar en relación con un acto concreto de ejercicio de cargo; así pues, es el deber jurídico-público de no dejarse arrastrar a infligir malos tratos en ejercicio de cargo aquel cuya lesión eleva al sujeto agente a autor del tipo cualificado; al igual que el médico y el abogado, en el § 300 StBG (violación de secreto profesional), que tienen que haber quebrantado el deber de sigilo que surge de una concreta situación real para llegar a ser autores de este tipo delictivo.” (*Idem*, p. 386).

não alcança todos os envolvidos no delito.<sup>280</sup> Como exemplo cita alguém que determina a um funcionário realizar tortura em outrem. Embora possa ter o domínio do fato, quem determinou a conduta não poderia ser qualificado como autor, pois o tipo penal (legislação alemã) pressupõe o cometimento do ato apenas por um funcionário público.<sup>281</sup>

A infração de um dever ocorreria porque alguns tipos penais são concretizados, por opção legislativa, em outros setores da ordem jurídica em detrimento da descrição mais precisa de ações humanas, fazendo com que pouco importe o domínio sobre o fato.<sup>282</sup>

Para Roxin, então, aqueles que não possuem as qualidades específicas exigidas no tipo serão considerados partícipes, mesmo quando exista norma de extensão ao sujeito não qualificado.<sup>283</sup>

Pela perspectiva lançada por João Paulo Orsini Martinelli e por Leonardo Schmitt de Bem, essa teoria muitas vezes se confunde com os delitos especiais.<sup>284</sup> Pode-se dizer que os delitos de infração de um dever são o gênero, do qual o delito especial seria a espécie ao lado dos delitos omissivos impróprios.

Quanto aos delitos omissivos impróprios, a explicação estaria calcada no fundamento de que nem todo aquele que se omite tem o concreto dever de evitar um resultado.<sup>285</sup> Por essa

---

<sup>280</sup> “Más bien, el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que está antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan por que el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y por que el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación.” (*Idem*, p. 387-388).

<sup>281</sup> “Si, por ejemplo, alguien determina, dados los requisitos del §52, a un funcionario a realizar torturas (§343 StGB), tiene, tal como hemos visto *supra* el dominio del hecho. Pero sin embargo no es autor de las torturas del §343 StGB, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario como sujeto del delito.” (*Idem*, p. 385).

<sup>282</sup> “A teoria dos delitos de dever vai além. Ela deriva a autoria exclusivamente na violação do dever: se o empresário apresentar a qualidade especial, pouco importa se violou o seu dever por ação ou omissão, e se ao lado, à frente ou atrás de tantos mais ele atuou. O domínio do fato de nada importa.” (GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: \_\_\_\_\_ et al. Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 117).

<sup>283</sup> “La refutación de tal postura no se deriva del concepto del dominio del hecho, sino de la significación del tipo (desarrollada *supra*) para la determinación de la autoría. Si los tipos describen acción y persona del autor, y los preceptos sobre participación, con respecto a aquéllos, se presentan como causas de extensión de la pena, al requerir un tipo la torturador de la autoría. Dicho de otra manera: llevar a cabo de cierto modo una investigación por parte de un funcionario constituye, en el §343 StGB la autoria, mientras que en los partícipes esta condición falta o puede faltar. Por lo demás, esta postura coincide con la doctrina absolutamente dominante, incluso entre los partidários de la teoría del dominio del hecho.” (ROXIN, *Op. cit.*, p. 386).

<sup>284</sup> “Esta categoria de crimes é muito peculiar, e seu conceito por vezes se confunde com o de delitos especiais (ou crimes próprios). Entendemos que os delitos de infração de dever são espécie peculiar dos delitos especiais.” (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 609).

<sup>285</sup> “Examinado los hechos omisivos a la luz de los criterios, hasta aquí desarrollados, para delimitar autoría y participación, en seguida llama la atención que en todos los casos se trata de delitos de infracción de deber: no

razão, Roxin entende que os crimes de comissão por omissão se apartariam da ideia de domínio do fato, dando lugar também a infração a um dever.<sup>286</sup>

Luís Greco e Alaor Leite explicam que os delitos de dever tiveram grande acolhida na doutrina, e que, inclusive, serviram de base para a teoria normativista de Günther Jakobs<sup>287</sup>. Jakobs, por sua vez, diz que nos delitos que estão abrangidos pela teoria de infração de um dever não há distinção entre um fazer e um não fazer. Em outros dizeres, perder-se-ia o sentido para a sua configuração.<sup>288</sup>

German Aller Maisonnave, ao analisar a teoria da infração de um dever de Roxin e de Jakobs, afirma que possuem conteúdos distintos. Para Roxin, a infração de um dever implica

---

todo aquel que omite viene em consideración como autor, sino exclusivamente aquel al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo.

(...)

La especificidad determinante de las omisiones, en la que se basan en lo esencial también las dificultades prácticas de su tratamiento, no cabe encontrarla, pues, en los conceptos de “omisión” o de “dominio del hecho”, ambos sin mayor importancia para la doctrina de la autoría en este ámbito; tampoco reside en el deber como elemento fundamentador de la autoría, que aquí no tiene índole distinta que en los delitos de infracción de deber comisivos. La principal diferencia consiste, más bien, en que la omisiones todas las lesiones de bienes jurídicos, que en los supuestos comisivos eran delitos de dominio, se transforman en delitos de infracción de deber, de manera que todos los delitos sometidos al concepto general de autor, en tanto que son comisivos por omisión, presentan una estructura doble: son delitos tanto de dominio como de infracción de deber, y por eso, en función de si se trata de un hacer o de un omitir, están sujetos a una delimitación, completamente distinta, de las formas de participación.” (ROXIN, 2000, p. 498-499).

<sup>286</sup> “Nuestras reflexiones nos conducen, en principio, al sorprendente resultado de que las consideraciones sobre dominio del hecho de entrada no son pertinentes en los delitos de omisión: el omitente no llega a ser autor por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado. Y esta idea es sorprendente porque justo en los delitos de omisión es donde doctrina y jurisprudencia han recurrido con especial frecuencia a la idea del dominio del hecho; pero acto seguido, siendo así que el omitente, de tener la posibilidad de evitar el resultado, sobre la base de nuestra tesis aparecería, por lo general, como autor, la doctrina dominante tiende, por el contrario, a considerar cómplice al omitente cuando cooperan varios.

No obstante, lo correcto de la concepción que aquí se defiende resulta más fácil de exponer en las omisiones que en los delitos de infracción de deber por comisión. Mientras que en éstos la aplicación del principio del dominio del hecho sería concebible, si bien incorrecta e insatisfactoria en cuanto a sus resultados, en las omisiones ello es imposible desde el principio: no haciendo nada, no cabe dirigir, configurándolo, el curso de la acción. La dirección, con dominio, del acontecer, presupone entre el resultado producido y la persona del autor una relación basada en conducta rectora activa, lo que justamente falta en aquel que se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso.” (*Idem*, p. 501-502).

<sup>287</sup> “A figura dos delitos de dever não só encontrou acolhida em grande parte da doutrina, como também foi erigida por Jakobs e sua escola a um dos pilares de sua teoria normativista do injusto penal.” (GRECO; LEITE, 2014, p. 31-32).

<sup>288</sup> “B. 1. Sin embargo, también hay delitos em los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber). En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en cuenta en absoluto un hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido (*supra* 7/70). Entre los delitos de infracción de deber se cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien (acerca de esto, con detalle, *infra* 29/57 ss.)” (JAKOBS, 1997, p. 791).

um tipo penal que contenha um dever extrapenal e que este seja lesionado pelo autor, enquanto que para Jakobs o que é decisivo não é o tipo, senão o dever institucional lesado.<sup>289</sup>

Afirma-se, então, que a utilização da teoria de infração de um dever serviria para diferenciar autor e partícipe, levando em consideração o dever extrapenal atribuído a algumas pessoas que seriam garantidoras de um bem.

No delito de gestão fraudulenta (v.g.), se o sujeito que atuou em conluio com o gerente não detiver também uma das qualidades mencionadas no artigo 25 da Lei nº 7.492/1986 será sempre considerado partícipe.

Roxin argumenta que a refutação à teoria de infração de um dever levaria a consequências impensáveis. Cita o exemplo de particulares que pudessem enganar o sujeito com deveres especiais de proteção ou que os coatores pudessem ser autores mediatos de delitos de funcionários.<sup>290</sup> Os exemplos, salvo engano, não podem ser considerados adequados, pois o sujeito *intraneus* não teria conhecimento a respeito da sua própria conduta ilícita ou não teria a vontade de praticá-lo. A resolução do problema se daria com a atipicidade do delito ou a atipicidade relativa.

A teoria da infração de um dever, em geral, não tem acolhida na doutrina e na jurisprudência. German Aller relata as críticas sobre infração de um dever<sup>291</sup>, mas, entre as críticas que se pode destacar, há o posicionamento de Teresa Pizarro Beleza. A jurista portuguesa conclui, ao analisar tanto os dispositivos do Código Penal português quanto do

<sup>289</sup> “Los criterios funcionalistas de ROXIN y JAKOBS presentan en común los delitos de dominio (para JAKOBS son de organización) y la construcción de los delitos de infracción de deber con esse expresio nombre. Esse es incuestionablemente un aspecto contemplado por ambos de forma inequívoca. Tales delitos conllevan la lesión de un deber y determinan la autoría. Hasta allí existe coincidencia. Empero, difieren en el contenido. Una vez más - como en otros temas - las mismas palabras pueden significar diversas cosas. Para ROXIN, desde su funcionalismo teleológico, la infracción de un deber implica un tipo penal que contenga un deber extrapenal y que este sea lesionado por el autor. Por ende, según la estructura del tipo el delito será de dominio o de infracción de deber. En contraposición, acorde con su funcionalismo radical, JAKOBS afirma que lo decisivo no es el tipo, sino el deber institucional lesionado. A mayor detalle, distingue a los delitos especiales porque en ellos el autor está determinado en el tipo penal, mientras que en los de infracción de deber se há de ponderar el bien jurídico lesionado en correspondencia con el autor de dicha lesión según la relación institucional vinculante. (MAISONNAVE, Geman Aller. Delito de infracción de deber. Universidad de la Republica. Facultad de Derecho. *Derecho y Actualidad*. Montevideo, p. 10-11, [201-]. Disponible em: <<http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/aller-infraccion-de-deber.pdf>> Acceso em: 20 jan. 2017).

<sup>290</sup> “La opinión contraria conduciría a consecuencias impensables: acciones de particulares en las que desempeña algún papel el engaño o la coacción a funcionarios se verían ascendidas a delitos de funcionarios en autoría mediata, siendo así que la rúbrica del título XXVIII StGB deja claro que el legislador está presuponiendo delitos graves o menos graves “en ejercicio de cargo”. (ROXIN, 2000, p. 386).

<sup>291</sup> “Pese a la fuerte influencia científica de dos autores de la talla de ROXIN y JAKOBS, to todos modos, otros han rechazado los delitos de infracción de deber. Tales los casos de SCHÜNEMANN, LANGER, STEIN, BOTTKE, y STRATENWERTH en Alemania, GIMBERNAT, RODRIGUEZ MOURULLO, QUINTERO OLIVARES y ROBLES I PLANAS em España.

Em términos generales, se há objetado la falta de desarrollo de la teoría y que no pueden haber dos sistemas para un mismo ámbito, sino que se debe trabajar con uno unitario.” (MAISONNAVE, *Op. cit*).

Código Penal alemão, que é necessário nos delitos especiais socorrer-se tanto do dever extrapenal quanto do domínio do fato.<sup>292293</sup>

No seu entendimento, não seria possível substituir totalmente o critério de domínio do fato pela titularidade do dever<sup>294</sup>, até mesmo do ponto de vista político-criminal seria algo a se evitar<sup>295</sup>. Independentemente de questões de política criminal, afirma a jurista portuguesa que os crimes próprios não se limitam à violação de um dever extrapenal. Para a existência da violação da norma é necessário que exista uma conduta, acompanhada de uma direção de vontade.<sup>296</sup> Dessa forma, seria importante saber, além de quem possuiria o dever, quem efetivamente causou o resultado.<sup>297</sup> Nesse mesmo sentido compartilha dessa opinião Ana Isabel Pérez Cepeda, para quem o posicionamento jurídico-privado não é suficiente para afirmar a concorrência de uma posição de garante.<sup>298</sup>

Embora o legislador possa optar por reduzir o círculo de autores, não há como desconsiderar, na formulação de um tipo penal, a existência de uma conduta, ainda que

<sup>292</sup> “A hipótese de raciocínio que desejo testar é a seguinte: julgo que a total concentração na titularidade do dever extrapenal violado é insuficiente, ou incapaz de explicar cabalmente as regras previstas no artigo 28º do CPP para casos de crimes específicos próprios. Possivelmente, e por razões diversas mas relacionadas, o § 28 do StGB também pressuporá, na sua secção 1, a coexistência de domínio do facto e titularidade do dever na delimitação de autoria em crimes desse género.” (BELEZA, Teresa Pizarro. A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever. Titularidade *versus* domínio do facto? Revista Portuguesa de Ciência Criminal. n. 3, p. 341, jul./set., Lisboa, 1992).

<sup>293</sup> “Assim, e para além das outras considerações anteriormente feitas, julgo que os preceitos do artigo 28º do CPP e do §28 do StGB indicam, nos pressupostos lógicos da sua aplicação, e por diferentes que sejam os seus regimes e as suas consequências, a necessidade de nos socorrermos quer do critério da titularidade do dever extrapenal quer do critério do domínio do facto para determinar correctamente o círculo dos autores nos crimes de violação de dever. Ou seja, que, em rigor, os crimes de violação de dever não são apenas isso mesmo, mas tipos de crime com momentos normativos de domínio a que se acrescenta uma exigência adicional de vinculação dos seus autores.” (*Idem*, p. 351).

<sup>294</sup> “Julgo que a total substituição de critérios de domínio do facto pelos de titularidade do dever não é operacional face à necessidade de interpretação das normas legais que desenham crimes específicos próprios - é destes e só destes que aqui cuido.” (*Idem*, p. 338).

<sup>295</sup> “Parece-me evidente que a existência de tipos legais puramente consistentes na descrição da violação de um dever extrapenal, sem que ela seja precisada na referência a uma acção ou omissão, ou pelo menos, na exigência de um resultado (ainda que de perigo) - ou, pelo menos, na exigência de certa(s) intenção(ões) - é, do ponto de vista político-criminal, um inconveniente a evitar.” (*Idem*, p. 342).

<sup>296</sup> “No CPP, em geral, os crimes específicos próprios não se limitam à referência, na sua tipificação, à violação de um dever extrapenal. Essa violação é objectivada numa acção ou num resultado, por vezes acompanhados de uma determinada direcção da vontade.” (*Idem*, p. 343).

<sup>297</sup> “Esta usual descrição legislativa - não essencialmente diferente do que se passa no StGB - poderia fazer supor que a busca de um *autor* levaria, necessariamente, a indagar quem reuniria todos esses elementos (qualidade e actuação, dolo e intenções especiais) na sua pessoa. Isto é, se a titularidade de um dever indica uma exigência particular, adicional à mais corrente determinação de quem é (pode ser) autor de um crime específico próprio (é só de estes que trato, agora) por contraposição aos crimes comuns, não se vê à partida razão para afastar o outro critério, a outra exigência habitual: saber quem desenvolveu uma certa actividade ou causou certo resultado (*lato sensu*, i. e., quem dominou esses acontecimentos).” (*Idem*, p. 343).

<sup>298</sup> “Nosotros nos hemos distanciado de esta teoría de ROXIN, llegando a diferentes conclusiones, porque partimos de que la posición del deber jurídico-privado no constituye un fator suficiente para afirmar la concurrencia de una posición de garante, sino que será necesario además constatar la equivalencia con la realización activa del correspondiente delito.” (PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución. Barcelona: Cedecs, 1997, p. 124).

implicitamente. A existência de uma conduta consciente é imprescindível para caracterização de qualquer crime doloso, fazendo despertar os requisitos do domínio. Esse pensamento vem expressado desde à época de Tobias Barreto, o qual discorreu que o dolo não poderia ser presumido com fundamento em relações jurídico-civis<sup>299</sup>. Em outras palavras, não é possível dispensar a autoria dolosa como agir central da conduta humana.<sup>300</sup>

A infração de um dever, consistente na tutela de um bem por um círculo menor de autores pode ou não ser adotada pelo legislador, mas não se vislumbra a possibilidade de se desconsiderar o domínio do fato, ainda que aliado a circunstâncias legais específicas.

#### 2.4.5 Teoria da instigação-autoria

A instigação-autoria é uma teoria extraída genuinamente da legislação portuguesa.<sup>301</sup> A sua previsão está no artigo 26 do Código Penal português, cujo dispositivo determina que aquele que ordena outra pessoa à prática do fato é punível como autor, desde que haja execução ou começo de execução.<sup>302</sup>

Jorge de Figueiredo Dias, interpretando esse dispositivo, afirma que instigador é aquele que dolosamente determina outra pessoa à prática de um fato ilícito típico. No entanto, assinala que essa assertiva deve ser vista de forma restritiva, ou seja, somente para os casos em que o instigador seja o senhor do fato, traduzido para o domínio da decisão do homem da frente. Na hipótese contrária, caso o instigador tenha que vencer resistências físicas,

<sup>299</sup> “O chamado *excessus mandati*, que é também uma das questões do nosso programma, não tem entretanto a importancia que se lhe constuma dar. O que faz illusão a tal respeito, é a analogia tomada das relações juridico-civis. Actualmente há completo accordo em que, tambem no mandato, como em todas as fórmãs da criminalidade, não se admite a *presumptio doli*; as regras geraes sobre a imputação penal, quer dolosa, quer culposa, dão a medidas das soluções reclamadas. A responsabilidade do mandante chega sómente até onde o crime do mandatario é um producto do mandato. A determinação ou induzimento de um e a acção criminosa do outro devem cobrir-se como causa e efeito.” (BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Publicação póstuma. ROMÉRO, Sylvio. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores proprietários, 1892, p. 247).

<sup>300</sup> “Desenvolvendo esta ideia na sua lógica de capítulo fundamental da teoria do Tipo, Roxin entende que a violação do dever substitui em absoluto a detenção do domínio do facto como critério do conteúdo e limites do círculo dos autores, indo ao ponto de admitir que essa mesma centralidade da titularidade do dever dispensaria a necessidade de uma autoria *dolosa* de que dependesse a viabilidade de uma participação punível.” (BELEZA, 1992, p. 339-340).

<sup>301</sup> “Cuida-se de teoria desenvolvida, precipuamente, por Jorge de Figueiredo Dias, com lastro no art. 26, parte final, do Código Penal português. Segundo aquele doutrinador, deve ser considerado autor quem, dolosamente, inculca no executor direto, de “modo determinante”, a decisão de cometer o ilícito. Dessa maneira, o agente que, em uma perspectiva tradicional, seria considerado mero “instigador”, constitui-se, segundo a teoria da instigação-autoria, o verdadeiro “senhor”, “dono” ou “dominador”, senão do ilícito típico como tal, ao menos e seguramente da “decisão do instigado de o cometer.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 351).

<sup>302</sup> Artigo 26 do Código Penal Português:

“É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.”

intelectuais ou morais, será participante na forma de cumplicidade.<sup>303</sup> Essa é a mesma interpretação conferida por Susana Aires de Sousa, para quem a instigação-autoria seria o instrumento adequado para o contexto do concurso de agentes em estruturas empresariais. Como exemplo, cita pequenas empresas nas quais o dirigente deve ser sempre punido como autor quando disponha do domínio da decisão do “homem-da-frente”.<sup>304</sup>

<sup>303</sup> “Instigador nos termos e para os efeitos do art. 26.º é aquele que dolosamente **determinar** outra pessoa à prática de um facto ilícito típico (doloso). Esta afirmação deve ser interpretada nos termos mais estritos. Instigador não é, para estes efeitos, aquele que incentiva, aconselha, meramente sugere ou reforça o propósito de outrem de cometer um ilícito típico; tão-pouco aquele simplesmente o induz àquele cometimento, ajudando-o a vencer as resistências, físicas, intelectuais ou morais, ou mesmo afastando os últimos obstáculos que o separam do crime; em suma, *todo aquele que, com a sua conduta, influencia a motivação do executor na direcção da realização* típica. Este **não é autor**, mas só, se disso for caso, participante sob uma forma alargada de cumplicidade.

Instigador no sentido do art. 26.º é unicamente quem **produz** ou cria de forma cabal - podia talvez dizer-se, pedindo ajuda à língua francesa: quem fabrica “*de outes pièces*” - no executor a *decisão* de atentar contra um certo bem jurídico-penal através da comissão de um *concreto ilícito típico*; se necessário inculcando-lhe a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse, ou aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhamento de perto ao pormenor a tomada de decisão definitiva pelo executor. No plano das realidades psicológicas aceitar-se à muito bem que também seja compatível com a “liberdade” do agente imediato uma sua actuação num estado de *dependência psicológica* traduzida em que ele execute voluntariamente uma decisão todavia criada ou produzida no seu espírito pelo homem-da-retaguarda. Como no plano da valoração jurídica se compreende e deve aceitar que, em casos tais, a afirmação da plena responsabilidade - da responsabilidade dolosa - do autor imediato seja compatível com a chamada à responsabilidade do verdadeiro “senhor” do facto, isto é, daquele que criou no homem-da-frente a decisão da realização típica. O instigador possui deste modo - tanto ou mais que, em muitos casos, o autor mediato ou o co-autor - o domínio do facto, agora e aqui sob a forma de **domínio da decisão**.

O instigador surge assim (mas só então) como verdadeiro senhor, dono ou dominador se não do ilícito típico como tal, ao menos e seguramente da *decisão do instigador de o cometer*; determinação que desta maneira integra, por antecipação, a *totalidade dos elementos constitutivos do ilícito típico* e, por isso também, *do conteúdo material de ilícito*. De um ilícito, acrescente-se que sendo embora obra *pessoal* do homem-da-frente, paz aparecer o acontecimento (*também* ou *sobretudo*) como *obra do instigador* e dá ao seu contributo para o facto o carácter de co-realização de um ilícito e não de mera “participação (externa ou ‘estrangeira’) no ilícito ou outrem”. Só esta é, no entendimento da nossa lei, a **instigação-determinação** e por conseguinte a **instigação que é autoria**.

A possibilidade de verdadeira determinação não é excluída pela circunstância de o instigado se mostrar decidido a cometer crimes de certa espécie (v. g., o homicida profissional): basta que a **decisão pelo facto concreto** seja criada ou produzida, nos termos referidos, pelo instigador. Só quem *já está determinado* à realização de um facto concreto (o chamado **omnimodo facturus**) é insusceptível de ser instigado: tal constitui doutrina unânime.” (DIAS, 2007, p. 798-800).

<sup>304</sup> “Ora, segundo cremos, a figura da *instigação-autoria* proposta por Figueiredo Dias pode ser chamada a realizar um papel relevante no contexto da comparticipação em estruturas empresariais. O *deficit* de punição que normalmente se aponta ao nível dos quadros dirigentes pode ser resolvido por via daquela figura em situações que revelam ostensivamente uma carência de punição e que, em nosso modo de ver, correspondem a casos exemplificativos desta modalidade de autoria. Pensamos, desde logo e em particular, em empresas de pequena dimensão, cuja direcção toma decisões concretas que comunica directamente ao respectivo departamento, responsável pela execução criminosa. Nestes casos, o dirigente deve ser punido como autor sempre que disponha do domínio do facto através do domínio da decisão do homem-de-frente, nos moldes já caracterizados anteriormente. A escolha criminosa não teria existido sem a sua actuação, podendo, por outro lado, pôr-lhe um fim se assim o entendesse. Por sua vez, deve também acrescentar-se e sublinhar-se que a ausência desse domínio transforma o dirigente empresarial num mero indutor.

Deste modo, julgamos que a figura da *instigação-autoria* pode desempenhar um papel importante e adequado no âmbito da criminalidade empresarial, designadamente naqueles casos em que o dirigente determina o seu subordinado a uma prática criminosa. Ou seja, esta figura deve ser chamada a participar na resolução de problemas de comparticipação dos dirigentes, essencialmente a um nível vertical, no contexto das relações hierárquicas próprias da estrutura empresarial. Em nosso modo de ver, esta figura permite captar todo o

Contudo, mesmo na doutrina portuguesa há divergência quanto à natureza jurídica da instigação-autoria. Helena Morão explica que a distinção entre as figuras do autor e do instigador teria inspiração na legislação alemã de 1975, a qual se utilizava dessa distinção para classificar como autor quem detivesse o domínio do facto e o instigador quem fosse partícipe. Com isso, gerou-se a dúvida, ao mencionar o instigador como autor, se realmente se trataria de um autor moral ou de um participante.<sup>305</sup> Dentre dois posicionamentos possíveis, Helena Morão diz que é mais sólido moldar o instigador como partícipe, porque o dolo na conduta do instigado é inerente à legislação penal alemã e não haveria motivos para tentar distinguir autoria mediata e instigação. Destaca que, ao mencionar a necessidade de início da execução, o artigo 26 do Código Penal português revelaria a conduta acessória da instigação-autoria.<sup>306</sup>

---

“desvalor da conduta” e ajustar-se ao “significado real” da contribuição do homem de trás.” (SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João (Org.) Estudos em homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, v. 2, 2009, p. 1.020-1.021).

<sup>305</sup> “O Código Penal de 1982, no seu art. 26, pôs termos a este sistema, diferenciando claramente aquele que “executa o facto (...) por intermédio de outrem”, o *autor mediato*, daquele que “determina outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”, o instigador.

Uma tal distinção encontra inspiração nítida na configuração dada ao sistema de comparticipação criminosa do StGB alemão pela reforma de 1975, ordenamento onde essa diferenciação se justifica dogmaticamente por o primeiro ser um *autor*, possuidor do domínio do facto (*domínio da vontade*), e o segundo um *participante* e não deter tal poder, carecendo portanto de um diverso fundamento de punição.

No entanto, se foi este o paradigma comparticipativo inspirador, o legislador português inovou no modo de transposição e autonomização das categorias da autoria mediata e da instigação, circunstância que tem vindo a suscitar dúvidas acerca da natureza da figura do instigador no nosso sistema jurídico-penal, isto é, quanto a saber se o instigador no nosso sistema jurídico-penal, isto é, quanto a saber se o instigador continuará a ser um *autor moral* na linha da legislação anteriormente em vigor ou se se tratará antes de um *participante* de matriz germânica.” (MORÃO, Helena. Da instigação em cadeia. Contributo para a dogmática das formas de comparticipação na instigação. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 28-30).

<sup>306</sup> “A favor da primeira orientação (*autoria moral*) tem-se invocado a localização sistemática da norma que prevê a instigação no âmbito do Código Penal português. Efectivamente, enquanto o legislador alemão, num título intitulado *autoria e participação*, regulou todas as formas de autoria no §25, relegando o instituto da instigação (bem como o da cumplicidade) para um preceito autónomo (§26), evidenciando que tudo o que não conste do §25 será então um modo de participação no facto, a lei portuguesa definiu o conceito de instigação junto das formas de autoria, reunindo tudo num mesmo preceito, o art. 26, subordinado à epígrafe *autoria*.

Um tal argumento tem, no entanto, que ser necessariamente desvalorizado uma vez que a única afirmação feita pela norma do art. 26 é a de que aquele que determina outrem à prática do facto *é punido como autor*, deixando de afirmar categoricamente que *é autor* como fazia o art. 20 do Código Penal de 1886.

E não se diga que a punição com a pena aplicável ao autor aponta para a qualificação como autor, pois também no Código Penal alemão o instigador se encontra sujeito a pena idêntica e reveste visivelmente o estatuto de participante.

Mais tem sido a argumentação tecida em torno da caracterização do instigador como *participante* no nosso sistema jurídico-penal.

Assim, note-se que a figura normativa na quarta proposição do art. 26 foi “recortada conceptualmente muito ao estilo da instigação alemã, não invalidando esta afirmação a circunstância de, ao contrário do que sucede no StGB, se requerer apenas o dolo do instigador e não já o dolo do instigado.

É que o requisito do dolo na pessoa do instigado é redundante na lei penal alemã, uma vez que nesse ordenamento a indução a um facto negligente representa uma modalidade de domínio do facto, na vertente do domínio da vontade, que consubstancia uma situação de autoria mediata.

Por fim, afirma que o instigador, na realidade, não teria o domínio da decisão, pois seria o próprio instigado quem teria esse domínio.<sup>307</sup>

A instigação-autoria em nada difere da teoria do domínio do fato quanto a ser erigida em situações fáticas de poder de mando. Assim, para fazer uso da teoria, invariavelmente seria necessário utilizar de recursos disponíveis que caracterizariam o domínio da ação, o domínio da vontade e o domínio funcional do fato.<sup>308</sup> A instigação-autoria não desenvolveu preceitos mais precisos para se entender quando o “homem-da-frente” poderia ser influenciado por um autor ou por um partícipe. Vislumbra-se, então, que não é somente o texto da lei que orientou a postura de Figueiredo Dias.<sup>309</sup>

Além disso, note-se que a própria diferenciação e autonomização dos conceitos de autoria mediata e instigação não teria cabimento se na ordem jurídica subsistisse um sistema de *autoria* moral, sob pena de se estar afinal a fundamentar um puro e absurdo “luxo de conceitos”.

Decisiva é também a razão que se extrai do art. 26, 4<sup>a</sup>. Proposição, *in fine*. Efectivamente, expressão “desde que haja execução ou começo de execução”, consubstanciado uma exigência que não se reclama no domínio da autoria mediata, comprova a *dependência* do acto instigador relativamente a um *facto que é dominado por outrem* e revela, assim, a natureza *acessória* do instituto e a sua aproximação clara ao *princípio da acessoriedade da participação* em face da autoria, previsto no modelo legal germânico.” (*Idem*, p. 30-32).

<sup>307</sup> “Também não parece possível sustentar que o instigador exerce o domínio do facto sob a forma de *domínio da decisão*, que é o senhor da resolução do instigado, como vem defender recentemente o mesmo autor à luz da redacção do art. 26 do Código agora em vigor, reiterando assim uma concepção em que autoria mediata e instigação surgem como espécies autónomas de autoria.

Efectivamente, a ideia de um domínio da decisão do autor material exercido pelo instigador revela em si mesma traços antinómicos, i.e., é incompatível com a liberdade de decisão do instigado. O instigador não pode dominar a decisão do executor do facto, pois é o próprio instigado quem detém esse domínio, uma vez que, como autor responsável, é livre de a adoptar ou não. O instigador influencia decisivamente a vontade do autor material, mas não domina essa vontade, caso contrário seria autor mediato. Criar a vontade criminosa no instigado não equivale, pois, a dominar o facto.” (*Idem*, p. 35).

<sup>308</sup> “Assim, se “o instigador tem, para ser, de agir com a vontade de determinar o agente imediato à prática do facto e de prever as concretas condições de realização deste, não vemos maior razão para negar o domínio do facto do que em muitas hipóteses de autoria mediata em que, como vimos, também aquele domínio não pode facilmente dizer-se excluído na pessoa do agente imediato”.

Não se nega a possibilidade de um domínio do facto simultâneo de mais do que um agente relativo a uma mesma lesão de um bem jurídico, nem a eficácia do conceito de domínio do facto enquanto *conceito aberto*, que, sintetizando simultaneamente elementos ontológicos e teleológicos, define o autor como a *figura central* do acontecimento delituoso.

Simplesmente, não se vê como construir uma tal modalidade de domínio do facto por parte do instigador, que não se reconduz comprovadamente nem ao *domínio da ação*, nem ao *domínio da vontade*, nem ao *domínio funcional do facto*.

É que mesmo quando o instigado faz sua a vontade do instigador, é a sua decisão e não a do instigador que se projecta no facto, não está nas mãos do instigador, mas nas do instigado a possibilidade de fazer evoluir a realização do facto ou de a interromper, o *se* e o *como* da execução.” (*Idem*, p. 34).

<sup>309</sup> “No entanto, não é apenas o texto da lei o que orienta sua posição. Figueiredo Dias entende a instigação como algo mais do que a mera participação, por vislumbrar no instigador um verdadeiro senhor do fato, uma vez que cria no homem da frente a decisão da realização típica. Por isso, afirma que o instigador detém o domínio do fato tanto quanto ou, em muitos casos, até mais do que o autor mediato ou o coautor. Isso sob a forma de que um domínio da decisão que o torna verdadeiro senhor, dono ou dominador da decisão do instigado de cometer o ato ilícito. Tal determinação integra, antecipadamente, todos os elementos constitutivos do ilícito e, por conseguinte, o conteúdo material de ilícito.

Assim, ainda que o ilícito seja obra pessoal do homem da frente, o acontecimento surge, para Figueiredo Dias, como obra do instigador. Isso caracteriza o fato como uma correalização de um ilícito, não como uma mera participação externando ilícito de outrem. E, para tanto, é suficiente que a decisão pelo fato concreto seja criada ou produzida pelo instigador, pois apenas quem já está determinado à realização de um fato concreto, o

Em verdade, como se verifica nos dizeres de Bruna Martins Amorim Dutra, afirmar que a instigação é a autoria revela-se uma contradição nos seus próprios termos<sup>310</sup>, mormente para a dogmática brasileira, cuja palavra está mais ambientada à participação.

#### 2.4.6 Teoria da *Joint criminal enterprise* (Empresa criminal conjunta)

A doutrina da *Joint criminal enterprise* (JCE) ou empresa criminal conjunta<sup>311</sup> foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPIJ) quando do julgamento do caso *Tadić*, bem como foi utilizada posteriormente em outros tribunais *ad hoc*, como no caso do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) e do Tribunal Especial para Serra Leoa.<sup>312</sup>

A JCE serve como instrumento de agregação de indivíduos que, partilhando do mesmo propósito, com desígnio ou plano criminoso comum, tenham contribuído para o resultado coletivamente perseguido de uma forma ou de outra.<sup>313</sup> Consiste na substituição do conceito naturalístico de participação por outro de cunho normativo, proporcionando uma leitura do evento delitivo de cima para baixo, baseado na ideia de que se o perpetrador material é

---

denominado *omnimodo factorus*, pode ser suscetível de ser instigado. Todavia, esse conceito não abrange os casos de mero incentivo, aconselhamento, sugestão, reforço de propósito e todos os casos em que o homem de trás, apesar de exercer influência na motivação do homem da frente, não o determina realmente à realização do tipo, que são hipóteses que Figueiredo Dias considera cumplicidade ou indução.” (SANTOS, 2015, p. 119).

<sup>310</sup> “Tal inovadora construção, sem embargo, não se revela a mais adequada para a resolução da hipótese objeto da presente dissertação. Conforme já aludido, nos crimes comissivos dolosos em geral, predomina que a participação difere da autoria em função do critério do domínio do fato. Desta feita, revela-se uma *contradictio in terminis* falar numa instigação que é autoria.” (DUTRA, Bruna Martins Amorim. A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder. Teoria do domínio da organização. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2012. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, 2012, p. 89-90).

<sup>311</sup> “Apesar de algumas hesitações conceptuais iniciais reflectidas na própria diversidade terminológica seguida - conceitos como “propósito criminal comum”, “plano criminal comum”, “propósito comum”, “desígnio comum”, “desígnio criminal comum”, “desígnio comum concertado”, “co-perpetração” e “empresa criminal conjunta” foram sendo utilizados indiferenciadamente -, acabou por prevalecer a designação de *joint criminal enterprise*, considerada mais apropriada para caracterizar a regra de imputação de acordo com as suas três variantes.” (COSTA, Joana Maria Rebelo Fernandes. Joint Criminal Enterprise. O problema da imputação individual do facto colectivo na jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 69).

<sup>312</sup> “Desde a decisão *Tadić*, onde foi enunciada pela primeira vez de forma completa e sistematizada pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPIJ), a doutrina da *joint criminal enterprise* (JCE) foi acolhida por aquele e outros tribunais penais internacionais *ad hoc*, em particular pelo Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TIPR) e Tribunal Especial para a Serra Leoa, numa extensão que permite qualificá-la hoje como um consolidado conceito de direito penal internacional.” (*Idem*, p. 9-10).

<sup>313</sup> “Inspirada na doutrina inglesa da *joint enterprise liability* e com certas analogias com a doutrina norte-americana da *conspiracy*, tal como enunciada no caso *Pinkerton*, a doutrina da JCE proporcionou, enquanto modelo de imputação individual do facto criminoso colectivo o fundamento para muitas condenações impostas por aqueles Tribunais, servindo como instrumento de agregação dos indivíduos que, partilhando um *propósito ou plano criminoso comum*, tivessem contribuído para o resultado colectivamente perseguido de *uma forma ou de outra*.” (*Idem*, p. 10- 11).

punível como autor, o agente que se situa no mais alto nível da cadeia também deverá sê-lo.<sup>314</sup> Portanto, para a sua caracterização é necessária a pluralidade de pessoas<sup>315</sup>, um plano, um propósito ou um desígnio comum<sup>316</sup> e a participação na empreitada criminosa por meio de atos ou omissões, direta ou indiretamente, em diferenciados níveis de envolvimento. Não é exigida, entretanto, a presença do acusado nas circunstâncias de tempo e de lugar em que o crime é cometido.<sup>317</sup>

A doutrina da JCE é dividida em três vertentes de acordo com a variante subjetiva da conduta. A primeira espécie é a *variante básica* na qual todos os membros partilham da intenção de cometer crimes que fazem parte integrante do crime comum, que corresponde à figura do dolo direto ou de primeiro grau.<sup>318</sup> A segunda espécie é a *variante sistêmica*, pela

<sup>314</sup> “Expressiva da tendência, considerada necessária ao direito penal internacional, para a substituição do conceito naturalístico de participação, estruturado sob a contribuição causal para o crime, por um modelo normativo de imputação no âmbito do qual o fundamento para a atribuição de responsabilidade pela participação em crimes perpetrados em contextos sistêmicos possa consistir numa percepção funcional da comparticipação como *toda* a contribuição para a realização do ilícito, à doutrina da JCE é apontado o benefício de permitir interverter o sentido da abordagem do fenómeno criminosos complexos, proporcionando uma leitura do topo para a base segundo a ideia de que, se o perpetrador material é punível como autor, o agente que se situa no mais alto nível da cadeia deverá poder sê-lo também.” (*Idem*, p. 13).

<sup>315</sup> “Embora a co-perpetração baseada na participação numa empresa criminal comum pressuponha uma *pluralidade de* pessoas, os requisitos relativos à definição do grupo são, todavia, pouco significativos. Não pressupondo um número mínimo de elementos, nem a necessidade de integração destes numa qualquer estrutura organizada ou estável de natureza política, militar ou administrativa, tais requisitos poder-se-ão considerar satisfeitos mesmo em presença de um grupo constituído de maneira relativamente informal, o que inclui as hipóteses de associação espontânea que caracterizam os casos de violência de massas ou de linchamento popular.” (*Idem*, p. 71).

<sup>316</sup> “Uma vez que a existência da pluralidade só se torna relevante na presença de um denominador comum, o segundo requisito pressupõe a existência de um *plano, desígnio* ou *propósito* partilhado por todos os respectivos membros: o plano, desígnio ou propósito comum constitui o princípio da conversão da pluralidade de pessoas num grupo ou numa empresa, podendo estabelecer-se na presença de um acordo ou de um entendimento com o valor de uma *combinação*.” (*Idem* p. 73).

<sup>317</sup> “Embora a exigência de participação na execução do desígnio criminoso comum pretenda tornar evidente que o mero estatuto de membro da pluralidade é insuficiente para a atribuição de responsabilidade, o nível da contribuição requerido é, todavia, mínimo: a participação na empresa criminal não supõe que o acusado realize materialmente qualquer elemento integrativo do tipo objectivo do crime acordado ou de qualquer outro, mas apenas que preste assistência ou contribua para a execução do plano, desígnio ou propósito comum. A participação basta-se, assim, com a prática de actos que *de alguma* forma se dirijam à prossecução do propósito comum, tanto podendo consistir na execução directa de algum dos elementos do tipo objectivo do ilícito acordado, como no cumprimento de certas tarefas que facilitam a execução do desígnio criminoso, como ainda na simples manifestação da adesão ao plano através do voto favorável à sua implementação no âmbito de uma assembleia ou de um grupo.

O mínimo exigido parece ser o de que a conduta do acusado tenha tido um efeito promotor da empresa criminal comum, podendo este ser originado *directa* ou *indirectamente*, através de *actos* ou omissões, e, consequentemente, mediante diferenciados níveis de envolvimento da empresa.” (*Idem*, p. 88-89).

<sup>318</sup> “Em conformidade com a concretização jurisprudencial a que foi subsequentemente sujeita, da referida proposição resulta que a possibilidade de responsabilização segundo a variante básica da JCE supõe que o acusado haja participado *voluntariamente* na empresa conjunta - mais concretamente em um dos aspectos do plano do desígnio comum -, com *conhecimento* da respectiva natureza criminosa e a *intenção* de que se produzisse o resultado correspondente à prossecução da empresa: sob a variante básica da JCE, todos os elementos da pluralidade actuam com intenção de que sejam cometidos os específicos crimes que integram o objecto do plano ou desígnio comum.

qual se requer que o acusado tenha conhecimento pessoal da existência de determinado sistema repressivo organizado e partilhe da intenção de o desenvolver,<sup>319</sup> a partir de um amplo conjunto de circunstâncias.<sup>320</sup> Por último, a denominada *variante ampla* consiste na integração das variantes anteriores para os casos em que exista um crime não compreendido no âmbito do plano, propósito ou desígnio comum e que a comissão desse crime adicional constitua objetivamente uma consequência natural e previsível da execução do plano, do propósito ou do desígnio comum.<sup>321</sup>

Tentando trasladar a JCE para hipótese de delitos empresariais, seria possível, em tese, de se cogitar de sua aplicação. Imagine-se, por exemplo, que exista uma empresa fornecedora de tecnologia para indústria automobilística e que, em conjunto com a montadora de veículos, decidem utilizar dispositivo que iniba a emissão de poluentes durante testes ambientais. Nesse caso, pode-se verificar o plano, o propósito ou o desígnio comum, com pluralidade de pessoas e identificação da contribuição relevante.

Da mesma forma, pode-se imaginar que uma empresa de mineração decida, para reduzir os custos do empreendimento, construir barragem com a utilização de material não apropriado e de baixo custo. A empresa contratada, responsável pela mão de obra e pelo material, tem conhecimento dos propósitos específicos da obra e tem ciência da inadequação do empreendimento, mas ainda assim executa o contrato, tendo em vista o pagamento vantajoso. Como consequência, a barragem não suporta a contenção dos resíduos.

Embora a doutrina da JCE possa parecer adaptável a determinados casos de crimes empresariais, não responderia a várias outras hipóteses. Seria destinada somente classificação de condutas praticas no âmbito das organizações empresariais complexas.

Na exacta medida em que se encontra compreendido no plano criminoso comum e este é partilhado por todos os membros da pluralidade, o crime imputável segundo a variante básica da doutrina é representado e pretendido na totalidade dos seus elementos por todos os indivíduos que integrem a empresa, ainda que, na realidade, venha a ser executado apenas por certo ou certos deles.

Do ponto de vista do tipo subjectivo de ilícito, trata-se da configuração correspondente ao *dolo directo* ou de *primeiro grau*.” (*Idem*, p. 105-106).

<sup>319</sup> “De acordo com os pressupostos enunciados na decisão Tadić, a *variante sistêmica da JCE* requer que o acusado tenha *conhecimento* pessoal da existência de determinado sistema repressivo organizado e partilhe da *intenção* de o desenvolver.” (*Idem*, p. 107-108).

<sup>320</sup> “A par do conhecimento dos crimes perpetrados no interior da unidade, a consciência da natureza criminalmente relevante do sistema pode ser inferida a partir de um amplo conjunto de outras circunstâncias tais como: *i*) a posição detida pelo acusado no campo; *ii*) o tempo dispendido no interior da unidade; *iii*) a função desempenhada no sistema; *iv*) as movimentações realizadas em toda a zona do campo; *v*) os contactos mantidos com detidos, funcionários e visitantes da unidade.” (*Idem*, p. 109).

<sup>321</sup> “Assim configurada, a dimensão subjectiva do critério de imputação correspondente à variante extensiva da JCE é integrada por dois elementos *objectivos específicos* no sentido em que se supõe: *i*) a prática de um crime não compreendido no âmbito do plano, propósito ou desígnio comum, e *ii*) que a comissão do crime adicional constitua objetivamente uma consequência *natural e previsível* da prossecução do plano, propósito ou desígnio comum.” (*Idem*, p. 114-115).

Além disso, o Direito Penal Internacional vem abandonando a doutrina da JCE. Joana Maria Rebelo Fernandes Costa explica que o Estatuto de Roma, diferentemente dos Estatutos do TPIJ e do TPIR, apontaria para um sistema pluralista de autoria, diferenciando autores e agentes acessórios.<sup>322</sup> Nesse rumo, o Tribunal Penal Internacional (TPI) vem substituindo a JCE pela teoria do domínio do fato para os casos em que o dirigente do aparato de funcionamento automático determina a realização do crime por esse instrumento.<sup>323</sup>

A substituição da teoria foi consequência também de várias críticas que as decisões proferidas pelos Tribunais Penais Internacionais sofreram em razão de a proposta teórica ter enunciação vaga de seus elementos constitutivos.<sup>324</sup>

Em virtude disso, Joana Costa propõe que a JCE deveria ser utilizada como modelo da parte especial, em casos em que seja necessária a técnica da antecipação da tutela penal nos crimes de perigo abstrato, ou seja, na utilização de um tipo penal autônomo.<sup>325</sup>

---

<sup>322</sup> “Embora ainda longe de constituir a enunciação dos pressupostos de uma teoria geral da infracção criminal próxima daquela que se encontra reflectida na parte geral da maioria das codificações nacionais, em particular nas de tradição continental, o Estatuto de Roma contém já uma sofisticada sistematização dos modos de aparição da intervenção na acção punível, em especial se comparado com os Estatutos dos Tribunais *ad hoc*. Facultando uma distinção sistemática entre a perpetração [al. a] - autoria imediata, co-autoria e autoria mediata através de agente inocente ou responsável - e as outras formas de comparticipação no crime [al. b a e)] - o estatuto de Roma, ao contrário do que sucede com os Estatutos do TPIJ e TPIR, dificulta o acolhimento jurisprudencial de um modelo unitário ou monista baseado num conceito extensivo de autor, apontando, senão para um modelo pluralista ou diferencial puro, pelo menos para uma *concepção funcional unitária* de autoria, permitindo que a clarificação prévia da natureza da intervenção na acção punível, alcançável no âmbito da explícita diferenciação entre agentes principais e acessórios, se projecte com relevância sobre a determinação da medida concreta da pena.” (*Idem*, p. 309-310).

<sup>323</sup> “No âmbito do direito penal internacional, a mais expressiva e efectiva tradução do ponto em que se tornará ético-normativamente sustentável o cruzamento do plano individual do agir ilícito como elemento colectivo representado pelo sistema é assegurada, segundo sustentado entre os autores mais favoráveis à aplicação da teoria do domínio do facto, pela figura da *autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder* desenvolvido por Roxin e aplicada pelo Juízo de instrução do TPI no caso *Katanga and Chiu*.” (*Idem*, p. 383-384).

<sup>324</sup> “À medida que foi sendo jurisprudencialmente densificada, a doutrina da JCE tornou-se objecto de intensa contestação, em particular quanto à sua variante ampla ou extensiva, não apenas por resultar de uma ampliação do elenco estatutário dos modos de intervenção na acção punível sem efectiva correspondência no direito costumeiro, mas por ter sido acompanhada de uma enunciação excessivamente vaga e imprecisa de certos dos seus elementos constitutivos, em particular dos relativos à contribuição para o desígnio criminoso comum e à interacção entre os membros da pluralidade.” (*Idem*, p. 415).

<sup>325</sup> “No âmbito de um futuro modelo de imputação do facto criminoso internacional centrado na identificação das diversas e distintas componentes individuais do ilícito colectivo e na importância da sua individualização, as preocupações subjacentes ao desenvolvimento da doutrina da JCE, em particular da sua variante extensiva ou ampla, só poderão ser asseguradas de forma dogmática e ético-normativamente sustentável no âmbito das soluções proporcionadas pelo *modelo de parte especial*: se se entende que a actividade daquele participa num empreendimento criminoso e contribui para a sua prossecução deve constituir, em si mesma, uma acção punível, a forma de traduzir adequadamente essa necessidade de punição apenas deverá poder efectivar-se através da antecipação da tutela penal nos termos tecnicamente proporcionados pela categoria dos crimes de perigo abstrato.

Perante a intransponível ausência de uma conexão objectiva e subjectiva co o resultado danoso, a responsabilidade que se entenda dever caber, ainda assim, aos membros não excedentes da empresa criminal comum suporá que, ao lado dos tipos legais, correspondentes aos crimes materiais ou de resultado, se preveja um delito formal ou de mera actividade que, em termos semelhantes aos seguidos na maioria dos sistemas penais domésticos pelo crime de associação criminosa, increme a actividade daquele que participa numa associação,

## 2.5 Conclusão

Entre os sistemas apresentados sobre o concurso de agentes, o sistema diferenciador apresenta-se mais justo para a avaliação das condutas com relevância penal. Essa afirmação decorre da circunstância de que, ao se permitir uma diferença de valoração de atuação não somente entre autores, mas entre autores e partícipes, a política criminal acolhedora dessa forma de avaliação das condutas permite trilhar caminho rumo a uma individualização da pena mais consentânea com a leitura da culpabilidade sob o prisma constitucional.

Dentro dessa perspectiva, entre as diversas teorias que diferenciam autoria e participação, as teorias sobre o domínio despertam mais atenção, tendo em vista que são menos problemáticas na conjugação dos dados ônticos e normativos da conduta.

Seguindo a linha proposta por Claus Roxin, não se vislumbram problemas quanto à aplicação do domínio da ação e as espécies do domínio da vontade, consistentes no domínio por coação e domínio sobre o erro para os delitos empresariais. No entanto, a análise do domínio da organização e o domínio funcional do fato requer maior aprofundamento teórico.

A mesma demanda por justificativa teórica também ocorre em relação aos delitos omissivos, que, como visto, há divergência em figurá-la como conduta infringente a um dever ou como uma conduta amparada pelo domínio.

---

grupo ou organização dirigida à prática de crimes previstos na lei penal internacional, subordinando-se à respectiva vontade colectiva e desenvolvendo qualquer actividade, principal ou acessória, para o prosseguimento do respectivo escopo criminoso.

De um ponto de vista político-criminal, a autonomização do delito de associação ilícita sob a forma de crime de perigo abstracto disporia, de resto, de ampla justificação no contexto da criminalidade internacional.” (*Idem*, p. 411-412).

### 3 O CONCURSO DE AGENTES NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

O discurso jurídico a respeito de qualquer assunto não pode estar desatrelado à realidade normativa de determinado cenário. É importante colher estudos de outras regiões, mas sem perder a noção sobre a aplicabilidade no território nacional.

De outro vértice, o cenário jurídico nacional mostra-se ainda muito controverso sobre a distinção entre autoria e participação, tendo em vista a interpretação que se confere à literalidade de alguns dispositivos do Código Penal (CP).

Ofertar uma proposição razoável de entendimento no âmbito da autoria e da participação em delitos empresariais requer certa colheita de informações sobre o panorama histórico legislativo nacional, a posição dos Tribunais e a postura da doutrina sobre o tema. É a dedicação deste capítulo.

#### 3.1 O concurso de agentes na legislação brasileira

##### 3.1.1 O histórico legislativo nacional sobre o concurso de agentes

As legislações penais produzidas em solo brasileiro se iniciaram com o *Código Criminal do Império do Brasil*, editado em 1830. Esse Código veio a ser suprimido pelo Código Penal de 1890, que posteriormente veio a ser superado pelo Código Penal de 1940. Por fim, a atual Parte Geral do Código Penal é de 1984, com redação conferida pela Lei nº 7.209/1984. Dentro desses marcos legislativos (outros projetos de Lei poderiam ser citados<sup>326</sup>) é possível aferir que houve oscilação quanto ao tratamento da participação delitiva.

O **Código Criminal Imperial de 1830**, pela leitura dos artigos 4<sup>327</sup>, 5<sup>328</sup> e 6<sup>329</sup>, trazia distinção entre autor e partícipe.

<sup>326</sup> Projeto de Código Penal de 1893 (autoria de João Vieira de Araújo), Projeto de Código Penal de 1913 (autoria de Galdino Siqueira), Projeto de Código Penal de 1927 (autoria de Sá Pereira). Cf. BATISTA, 2005, p. 11-14.

<sup>327</sup> Artigo 4º do Código Criminal Imperial de 1830:

“São criminosos, como autores, os que cometerem, constrangerem, ou mandarem alguém cometer crimes.”

<sup>328</sup> Artigo 5º do Código Criminal Imperial de 1830:

“São criminosos, como complices, todos os mais, que directamente concorrerem para se cometer crimes.”

<sup>329</sup> Artigo 6º do Código Criminal Imperial de 1830:

“Serão também considerados complices:

1º Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabel-o em razão da qualidade, ou condição das pessoas, de quem as receberam, ou compraram.

2º Os que derem asylo, ou prestarem sua casa para reunião de assassinos, ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem, ou pretendem commetter taes crimes.”

O artigo 4º previa que eram *criminosos* aqueles que *cometessem, constrangessem* ou *mandassem* que outrem cometesse o crime. O autor, portanto, não se restringia àquele que praticava diretamente o verbo do núcleo do tipo penal. O artigo 5º, que previa a conduta do partícipe, disciplinava responsabilidade residual de todos os outros participantes do crime que não se enquadrassem no artigo 4º. A mesma situação pode ser explicada quanto ao artigo 6º, que era uma explanação que já poderia ser deduzida do artigo 5º.

A distinção entre autor e partícipe era mais palpável se comparada com o código atual, pois, de acordo com os artigos 34<sup>330</sup> e 35<sup>331</sup> do Código de 1831, no tratamento conferido ao cúmplice se impunha pena menor, independentemente do caso, se comparado com a pena para o autor do mesmo fato. A pena aplicada era equiparada à da tentativa, ou seja, 1/3 (um terço) da pena.

Tobias Barreto, ao analisar o artigo 4º da Constituição Imperial, e mais especificamente sobre *o mandato criminal*, dizia que, dentro do círculo legal, a ideia de “mandato” se estenderia a todos os indivíduos que conscientemente mandassem outro, também ciente e consciente, a praticar uma ação ou omissão criminosa.<sup>332</sup> Esse *mandato* se diferenciaria da coação, na medida em que existiria, na ordem, influência psicológica ou intelectual exercida sobre outra pessoa a cometer determinado delito, sem o desaparecimento da vontade do executor.<sup>333</sup>

O primeiro Código Penal da era republicana foi o de 1890. O Código Penal dos *Estados Unidos do Brazil* foi promulgado por intermédio do Decreto nº 847, de 11 de outubro

---

<sup>330</sup> Artigo 34 do Código Criminal Imperial de 1830:

“A tentativa, á que não estiver imposta pena especial, será punida com as mesmas penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos.

Se a pena fôr de morte, impôr-se-ha ao culpado de tentativa no mesmo grão a de galés perpetuas. Se fôr de galés perpetuas, ou de prisão perpetua com trabalho, ou sem elle, impor-se-ha a de galés por vinte annos, ou de prisão com trabalho, ou sem elle por vinte annos. Se fôr de banimento, impôr-se-ha a de desterro para fóra do Imperio por vinte annos. Se fôr de degredo, ou de desterro perpetuo, impôr-se-ha a de degredo, ou desterro por vinte annos.”

<sup>331</sup> Artigo 35 do Código Criminal Imperial de 1830:

“A complicitade será punida com as penas da tentativa; e a complicitade da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente.”

<sup>332</sup> Assim, e dentro das raías da propria lei, a ideia do mandato estende-se a todos os casos, em que um indivíduo, *sciens prudensque*, determina outrem a commetter, também sciente e conscientemente, uma acção ou omissão criminosa.” (BARRETO, p. 240).

<sup>333</sup> “Tal intelligencia, que reputo a unica verdadeira, da respectiva disposição do Código. Ahi se acha comprehendida toda e qualquer influencia psychologica ou intelectual, provinda de uma pessoa e exercida sobre a vontade de outra, que é levada, por *força* dessa mesma influencia, a tomar uma deliberação e perpetrar um certo crime; isto ao envez do que se dá, por um lado, com a coacção physica ou psychologica, pela qual a vontade desaparece e o pretensu perpetrador se converte em instrumento nas mãos do coagente, e ao envez do que succede, por outro lado, com a cumplicitade intellectual, que limita-se a confirmar a reforçar no autor a deliberação já existente.” (*Idem*, p. 240-241).

de 1890, e manteve o sistema anterior.<sup>334</sup> O **Código Criminal Imperial de 1890** expressava no artigo 17<sup>335</sup> que “*Os agentes do crime são autores ou cúmplices*”, tratando os artigos 18<sup>336</sup>, 19<sup>337</sup>, 20<sup>338</sup> e 21<sup>339</sup> de explicitarem a matéria. No que concerne à punição do partícipe, também se manteve o critério de diminuir em 1/3 (um terço) da pena em comparação com a pena do autor, conforme previsão dos artigos 63<sup>340</sup> e 64<sup>341</sup>, em nada se diferenciando da sistemática anterior.

A legislação subsequente teria mudado a forma de ver a participação. O **Código Penal de 1940**, segundo o posicionamento de parte da doutrina, não previu distinção entre autor e partícipe, tendo em vista a leitura do artigo 25<sup>342</sup>.

Comentando sobre a autoria e a participação no Código Penal de 1940, Esther de Figueiredo Ferraz<sup>343</sup> afirma que o legislador se distanciou do posicionamento anterior,

<sup>334</sup> “O Código Penal de 1890 manteve o sistema anterior, consignando em seu art. 17 que os agentes dos crimes seriam autores ou cúmplices.” (BATISTA, 2005, p. 7).

<sup>335</sup> Artigo 17 do Código Penal de 1890:

“Os agentes do crime são autores ou cúmplices.”

<sup>336</sup> Artigo 18 do Código Penal de 1890:

“São autores:

§ 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime;

§ 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dadas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica;

§ 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio, sem o qual o crime não seria commettido;

§ 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido.”

<sup>337</sup> Artigo 19 do Código Penal de 1890:

“Aquelle que manar, ou provocar alguém a cometer crime, é responsavel como autor:

§ 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou;

§ 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar.”

<sup>338</sup> Artigo 20 do Código Penal de 1890:

“Cessarà a responsabilidade do mandante si retirar a tempo a sua cooperação no crime.”

<sup>339</sup> Artigo 21 do Código Penal de 1890:

“Serão cúmplices:

§ 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução;

§ 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios;

§ 3º Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem;

§ 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reunem.”

<sup>340</sup> Artigo 63 do Código Penal de 1890:

“A tentativa do crime, a que não estiver imposta pena especial, será punida com as penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos.”

<sup>341</sup> Artigo 64 do Código Penal de 1890:

“A cumplicidade será punida com as penas da tentativa e a cumplicidade da tentativa com as penas desta, menos a terça parte. Quando, porém, a lei impuzer à tentativa pena especial, será applicada integralmente essa pena à cumplicidade.”

<sup>342</sup> Artigo 25 do Código Penal de 1940 (redação original):

“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.”

<sup>343</sup> “O direito penal brasileiro deixou-se inspirar durante mais de um século pela orientação clássica: os códigos penais de 1830 e 1890 não somente admitiram os dois tipos convencionais de participação como também previram pena necessariamente menor para o cúmplice.

adotando o sistema unitário. Mesmo posicionamento é o de Cezar Roberto Bitencourt<sup>344</sup>, de Luís Greco, de Alaor Leite<sup>345</sup> e de Pablo Rodrigo Alflen<sup>346</sup>.

No entanto, observam Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú que, da passagem para a legislação de 1940, não houve um rompimento completo entre a ordem dualística existente até então. Para fundamentarem essa afirmação, citam os artigos 45<sup>347</sup> e 48, inciso II,<sup>348</sup> do CP de 1940, para demonstrarem a semelhança existente com os dispositivos da legislação em vigor. De fato, pela leitura do artigo 48, II, da redação original do Código Penal, vislumbrava-se a possibilidade de se conferir tratamento diferenciado ao participante que tivesse atuação de menor importância. A diferença é que na primeira legislação criminal e no primeiro Código Penal republicano a matéria era tratada como causa especial de diminuição de pena, e no CP de 1940 passou a ser observada apenas como atenuante.

Levando em consideração a real diferença de aplicação da pena entre autor e partícipe, a existência dessa distinção, ainda que em menor grau, dificulta a afirmação de que o sistema implementado a partir de 1940 era o unitário.

O Código de 1940, porém, abandonou essa linha para se filiar à doutrina do direito italiano, abolindo, diz sua Exposição de Motivos, “a distinção entre autores e cúmplices”. Face à nova sistemática “todos os que tomam parte no crime são autores, e nesse critério não há “senão um corolário da teoria da equivalência das causas, adotada no artigo 11”. Pois “o evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para a sua produção se equivalem”. Assim, “tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele”. (FERRAZ, 1976, p. 56-57).

<sup>344</sup> “Essa foi a teoria adotada pelo Código Penal de 1940, que evitou uma série de questões que naturalmente decorreriam das definições de autores, partícipes, auxílio necessário, auxílio secundário, participação necessária etc.” (BITENCOURT, p. 549).

<sup>345</sup> “Do ponto de vista teórico, pode-se atribuir a esse quadro de recepção tardia, entre outras coisas, à contingência legislativa de o art. 29 do Código Penal de 1984, nesse aspecto pouco diferindo do art. 25 do CP de 1940, indicar e mesmo inclinar-se a um modelo extensivo e unitário de autor, que não distingue, no plano do injusto, entre autores e partícipes, mas que declara autor todo aquele que, de qualquer forma, concorre para o crime.” (GRECO; LEITE, Alaor, 2014, p. 20).

<sup>346</sup> “O Código Penal Brasileiro de 1940 seguiu uma diretriz diametralmente oposta à adotada no Código Criminal de 1830 e no Código Penal de 1890. Tomando como modelo o Código Penal Italiano de 1930, o legislador brasileiro dispôs no art. 25 do Código Penal de 1940 (em sua redação originária), que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”, adotou um sistema unitário e disso resultou a abolição da diferenciação entre autores e partícipes, a qual havia sido consagrada pelos Códigos de 1830 e 1890.” (ALFLEN, 2014, p. 165).

<sup>347</sup> Artigo 45 do Código Penal de 1940 (redação original):

“A pena é ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.”

<sup>348</sup> Artigo 48 do Código Penal de 1940 (redação original):

“São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;

II - ter sido de somenos importância sua cooperação no crime;”

### 3.1.2 O sistema adotado pelo Código Penal brasileiro

A **Reforma Penal** ocorrida em **1984**, oriunda da Lei nº 7.209/1984, disciplinou a nova Parte Geral e modificou um pouco o tratamento conferido ao partícipe. Houve alteração da expressão “*Da coautoria*” pela expressão “*Do concurso de agentes*”, incluindo-se no corpo do artigo 29 a expressão “*na medida de sua culpabilidade*”.

Essa opção legislativa veio expressa no item 25 da Exposição de Motivos à Nova Parte Geral do Código Penal. Na exposição consta que foi realizada opção pelo sistema unitário com o Código de 1940, mas que em 1984 mantinha esse sistema com a possibilidade de distinção entre autoria e participação em alguns casos.<sup>349</sup>

Ante a grande divergência sobre a distinção entre autoria e participação adotada pela atual legislação, convém apresentar o posicionamento da doutrina sobre este tópico específico, seguindo uma ordem de entendimentos; do sistema unitário ao sistema dualista.

Para **Luís Greco** e para **Alaor Leite**, o legislador adotou o sistema unitário e inexistia previsão de diferentes marcos penais para determinadas formas de intervenção no delito. Em virtude disso, não haveria utilidade articular conceitos teóricos sobre distinção entre autor e partícipe, e toda a discussão dos casos concretos seria remetida ao plano individualizador da dosimetria da pena feita pelo juiz.<sup>350</sup>

<sup>349</sup> “Ao reformular o Título IV, adotou-se a denominação “Do Concurso de Pessoas” decerto mais abrangente, já que a co-autoria não esgota as hipóteses do *concursum delinquentium*. O Código Penal de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina em face de decisões reconhecidamente injustas.” Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicao-demotivos-148972-pe.html>> Acesso em: 20 jan. 2017.

<sup>350</sup> “Por que discutir a distinção entre autor e partícipe diante do Código Penal brasileiro, que dispõe que <<todo aquele que concorrer para o crime incide nas penas a ele cominadas>> (art. 29, *caput*)? <<Concorrer>> significa, nesse contexto, <<contribuir causalmente>> nos termos do art. 13, *caput*, CP, de modo que mesmo aquele que presta contribuição longínqua - aquele que empresta a arma para o futuro homicídio - será considerado, nos termos da fórmula da *conditio sine qua non*, >>autor em sentido amplo>> do delito. Em outras palavras, adotado o sistema unitário de autor e inexistente previsão de diferentes marcos penais para determinadas formas de intervenção no delito, seria inútil articular conceitos teóricos sobre a distinção entre autor e partícipe, e toda a complexidade dos casos concretos seria remetida ao plano individualizador da determinação judicial da pena. (...)

Entre todas as concepções sobre as formas de intervir no delito que se oferecem ao legislador, no entanto, nenhuma parece responder, num primeiro momento, aos anseios mais pragmáticos da prática judiciária do que o chamado *sistema unitário de autor*, que, grosso modo, determina que todos que contribuem causalmente para o delito são autores em sentido amplo (ou <<concorrentes>>), e estão submetidos, em princípio, aos mesmos marcos penais.

Essa é a tradição legislativa brasileira, iniciada em 1940 pela pena de Nélon Hungria e mantida, em seus termos gerais, no natimorto projeto de 1969 (art. 35) e na reforma da parte geral em 1984 (art. 29). As alterações da reforma de 1984 não mitigaram, necessariamente, o ponto de partida unitário de nossa lei. Foi alterado o nome do título (da expressão equívoca <<Da coautoria>>, para a expressão <<Do concurso de pessoas>>) e foi

Na opinião de **Pablo Rodrigo Alflen**, a legislação nacional adotou o sistema unitário funcional.<sup>351</sup> No entanto, entende também que o sistema unitário não é incompatível com a distinção entre autoria e participação, apontando como exemplo o legislador brasileiro, ao atenuar a pena para determinados casos. Como exemplo disso, Alflen cita alguns dispositivos para demonstrar tratamento diferenciado que pode existir no concurso de agentes.<sup>352</sup>

**Luiz Régis Prado** afirma que a legislação brasileira adotou o sistema unitário, mas avalia que foi de forma matizada ou ponderada.<sup>353</sup>

Fazendo comparação com a Parte Geral de 1940, **Artur de Brito Gueiros Souza** e **Carlos Eduardo Adriano Japiassú** entendem que, em verdade, a mitigação da teoria unitária se tornou mais explícita ao mencionar, na punição dos codelinquentes, a punição na medida de sua culpabilidade.<sup>354</sup> No entendimento de Artur Gueiros e de Carlos Japiassú, pelo fato de

incluída a expressão derradeira e salvatória <<na medida de sua culpabilidade>>, com o que o legislador indica algo óbvio para uma concepção unitária - que a unificação no plano do tipo não significa que na determinação *in concreto* da pena devam ser ignorados dados relativos a cada interveniente -, mas que aparentemente era ignorado pela prática. Os artigos que se seguem ao art. 29 não enfeixam um sistema coerente de autoria e participação, mas se propõem a resolver, cada qual, determinado dilema dogmático decorrente, precisamente, do ponto de partida unitário, que é o da lei.” (GRECO; LEITE, 2014, p. 170 e 172-173).

<sup>351</sup> “Com isso, observa-se que o legislador brasileiro adotou um “sistema unitário funcional”, uma vez que admite a diferenciação entre as respectivas modalidades de autoria, porém, não estabelece a acessoriedade do autor mediato, isto é, não a condiciona à conduta dolosa e antijurídica do autor imediato (visto que o legislador brasileiro admite a chamada autoria mediata com instrumento tanto punível quanto impunível).” (ALFLEN, 2014, p. 169).

<sup>352</sup> “Alguns aspectos devem ser levados em conta para responder a essa questão, a saber: a) o legislador brasileiro deixou claro que o conceito unitário não é incompatível com a distinção entre as modalidades de autoria e participação; b) ademais, o legislador não definiu os conceitos, porém estabeleceu no Código Penal critérios que norteiam a doutrina nessa tarefa, assim: por um lado, no art. 29, faz-se referência à expressão “na medida de sua culpabilidade”, esclarecendo-se, portanto, que as penas serão distintas; no art. 62, I, faz-se referência àquele que “dirige a atividade dos demais agentes”, e, portanto, identifica-se a hipótese de autoria mediata, a qual é corroborada pelo art. 5º, XLIII, da CF, ao fazer referência ao mandantes; no art. 62, IV, faz-se referência àquele que “executa o crime”, e, com isso, identifica-se a autoria direta; no art. 16, da Lei n. 8.137/90 e no art. 25, da Lei n. 7.492/86, faz-se menção aos crimes “cometidos em coautoria” e no art. 3º, par. único, da Lei n. 9.605/98, faz-se menção às pessoas “físicas [...] coautoras”, identificando-se, assim, a coautoria; por outro lado, identificam-se, ainda, as modalidades de participação, de indução, instigação e auxílio nos art. 31; 62, II e III; e 122 do CP, respectivamente, com as disposições “a determinação, a instigação, e o auxílio”, “induz a outrem”, instiga ou determina”, “induzir, instigar e auxiliar”. Ademais, no art. 31 do CP, o legislador consolidou a regra da acessoriedade da participação, dispondo que “não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. Logo, a diferenciação entre as modalidades de concorrência para o crime é uma consequência necessária do sistema adotado, pois a pena deverá ser graduada de acordo com a respectiva modalidade de participação do fato punível.” (*Op. cit.*, p. 168).

<sup>353</sup> “O Código Penal reformado (1984) adota essa teoria, ainda que de forma *matizada* ou *temperada*, já que estabeleceu certos graus de participação e um verdadeiro reforço do princípio constitucional da individualização da pena (*na medida de sua culpabilidade*). Essa diretriz, em sua origem, como corolário da teoria da equivalência das condições, não faz, em princípio, qualquer distinção entre autor, coautor e partícipe.” (PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro. Parte geral - Arts. 1º a 120. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 465).

<sup>354</sup> “Com a Reforma Penal de 1984, o que estava implícito tornou-se explícito, ou seja, mitigou-se a teoria monística do Código Penal de 1940, permitindo a punição dos codelinquentes na medida das suas culpabilidades (art. 29, caput, parte final, do CP). Explicitou-se, portanto, uma solução intermediária entre as correntes unitária e dualista. Chegou-se, enfim, a uma solução de consenso entre todos os diplomas penais anteriores.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 345).

haver a possibilidade de atenuação da pena em alguns casos, e a possibilidade de agravamento da pena em outros, faz com que se possa denominar de uma teoria eclética sobre a distinção entre autoria e participação.<sup>355</sup> Com entendimento semelhante, **Damásio Evangelista de Jesus**<sup>356</sup> e **Julio Fabrinni Mirabete**<sup>357</sup> afirmam que o nosso Código Penal adotou a teoria restritiva e que tanto o artigo 29 quanto o artigo 62 fariam distinção entre autor e partícipe.

**Juarez Cirino dos Santos** explica que, apesar de a legislação nacional ter adotado a teoria unitária, houve a introdução de critérios legais de distinção entre autor e partícipe, transformando, na prática judicial, o paradigma monístico (unitário) em diferenciador.<sup>358</sup>

**Cézar Roberto Bitencourt** também entende que, na Reforma de 1984, houve resquícios da teoria causalista, mas o legislador atenuou o rigor sobre a indistinção de condutas. Dessa forma, entende que o legislador adotou a postura de estabelecer variados graus de participação. Em outros dizeres, o legislador teria adotado a *teoria monista*, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime, mas a valoração das condutas estaria dentro de um sistema diferenciador.<sup>359</sup> Segue essa mesma linha **Rogério Greco**.<sup>360</sup>

<sup>355</sup> “Pode-se, dessa forma, concluir que, na atualidade, o Direito Penal brasileiro acolhe a teoria monística temperada ou teoria eclética. Nesse sentido, a 1ª parte da cabeça do art. 29, do Código Penal, espelha a teoria monística, mas a sua parte final, bem como seus §§1º e 2º, além das hipóteses agravantes do art. 62, reconhecem a teoria dualista no tocante à dosagem da pena de cada concorrente. (*Idem*, p. 345).

<sup>356</sup> Nosso CP adotou a teoria restritiva, uma vez que os arts. 29 e 62 fazem distinção entre autor e partícipe. Assim, o art. 62, III, agrava a pena em relação ao agente que “*executa* o crime, ou nele *participa*, mediante paga ou promessa de recompensa” (destaques nossos). Quem *executa* o crime é autor; quem induz, instiga ou auxilia, considera-se partícipe, desde que não detenha o domínio do fato.” (JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. Parte geral. v. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 450).

<sup>357</sup> “Embora a lei não distinga expressamente a co-autoria da participação, essa divisão é revelada, por exemplo, no art. 62, IV, do CP, que se refere à execução (e, portanto, à autoria ou co-autoria) e à participação no crime mercenário.

A ressalva legal de que se atenderá na aplicação da pena à culpabilidade de cada um dos agentes (como o fazem o Código Penal português, o Código Penal da República Federal da Alemanha e o Código Penal Tipo para a América Latina) e o disposto no §2º do art. 29, que determina a punição pelo crime menos grave do concorrente que quis participar desse delito e não do realmente praticado, reduzem de muito a aplicação do princípio da unidade do crime no que diz respeito à fixação da pena em concreto no concurso de agentes. No art. 29, *caput*, determina-se que todos os que deram causa ao resultado respondem por este, mas as ressalvas desse dispositivo e do §2º impõem a verificação quanto a cada um dos concorrentes do elemento subjetivo do crime do crime (dolo ou culpa) e da censurabilidade da conduta. Nessas exceções, a lei aproxima-se da teoria dualista, distinguindo a *co-autoria da participação*.” (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. Parte geral - Arts. 1º a 120 do CP. v. 1. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000, p. 227).

<sup>358</sup> “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 injustas.” (SANTOS, 2014, p. 349).

<sup>359</sup> “A Reforma Penal de 1984 não se distanciou desse modelo, na medida em que o *caput* do art. 29 foi redigido com uma visão causalista do fenômeno da codelinquência, vinculado à *teoria da equivalência das condições*, aliás, na verdade, repetiu a redação do Código Penal de 1940, acrescentando, somente, a locução final “na

Para **Nilo Batista**, o puro critério causalista não é suficiente para medir o critério de justiça que pode surgir no concurso de agentes. Em virtude disso, afirma que é necessário se utilizar de outros dispositivos penais e princípios para atenuar o rigor da lei.<sup>361</sup> Com efeito, entende que, pela leitura dos dispositivos do Código Penal, existe a diferença entre autoria e participação.<sup>362</sup>

Seguindo a mesma linha de Nilo Batista, há **Guilherme de Souza Nucci**<sup>363</sup> e **José Ourismar Barros**, que entendem que o Código Penal adotou sistema diferenciador, porquanto, em nível normativo, seria admitida a distinção entre autoria e participação. Seria necessária uma interpretação do artigo 29, com os artigos 1º e 13, todos do Código Penal.<sup>364</sup>

medida de sua culpabilidade”, *in verbis*: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

O legislador da reforma penal procurou, contudo, atenuar os seus rigores, distinguindo com precisão a punibilidade de *autoria e participação*. Estabeleceu, inclusive, alguns princípios disciplinando determinados *graus de participação* que permitem a interpretação da atual normativa acerca do concurso de pessoas no sentido do *sistema diferenciador*, que será analisado mais adiante.

Como veremos ao longo deste capítulo, o legislador penal brasileiro adotou a teoria monística, determinando que todos os participantes de uma infração penal incidem nas sanções de um único e mesmo crime e, quanto à valoração das condutas daqueles que nele participam, adotou um *sistema diferenciador* distinguindo a atuação de *autores e partícipes*, permitindo uma adequada dosagem de pena de acordo com a efetiva participação e eficácia causal da conduta de cada participante, *na medida da culpabilidade*, perfeitamente individualizada. Na verdade, os parágrafos do art. 29 permitiram a transição da adoção do conceito unitário de autor, imposto inicialmente pelo Código Penal de 1940, para um conceito diferenciador, ao determinar a punibilidade diferenciada da participação. Por outro lado, como diz René Ariel Dotti, a referência à culpabilidade no final do referido artigo “é uma proclamação de princípio que ilumina todo o quadro do concurso e introduz uma ‘cláusula salvatória’ contra os excessos a que poderia levar uma interpretação literal e radicalizante” com base no *sistema unitário clássico*, o que levou João Mestieri a afirmar que o legislador adotou uma teoria unitária temperada.”

(BITENCOURT, 2015, p. 549-550).

<sup>360</sup> “Embora o Código Penal tenha adotado como regra a teoria monista ou unitária, na verdade, como bem salientou Cezar Bitencourt, “os parágrafos do art. 29 aproximaram a teoria monística da teoria dualística ao determinar a punibilidade diferenciada da participação”, razão pela qual Luiz Régis Prado aduz que o Código Penal adotou a teoria monista de forma “matizada ou temperada.” (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte geral. v. 1. 13. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 418).

<sup>361</sup> “O art. 29 drasticamente estipulou que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas”. Não nos informou, todavia, como é que (“de qualquer modo”) se concorre para o crime. Verificada a insuficiência de um puro critério causal para solucionar essa questão (concorrer para o crime é diferente de contribuir causalmente para o resultado); verificado que equiparar “qualquer modo” a “qualquer conduta”, para além de violar o princípio constitucional da reserva legal, significa operar com uma causalidade inútil (extratípica), só nos resta a tentativa de, a partir dos dispositivos do código e de seus princípios fundamentais, empreender uma reconstrução dogmática extremamente dificultada pela pobreza da lei.”

(BATISTA, 2005, p. 54-55).

<sup>362</sup> “Prescindindo da perspectiva que situa na realidade objetiva a diferença entre autor e partícipe, verificamos que ela subsiste nos dispositivos do Código Penal que regem o concurso de agentes.” (*Idem*, p. 59).

<sup>363</sup> “Prevaleceu, pois, o conceito restrito de autor, embora dentro dessa teoria, que é objetiva, existam dois posicionamentos (...)” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 311).

<sup>364</sup> “Em síntese, no Brasil, adotou-se o *sistema diferenciador*, admitindo-se, em nível normativo, a existência de autor e partícipe (art. 29), pois, embora o aludido dispositivo indique uma *concepção extensiva de autor* (incide nas penas qualquer pessoa que concorrer para o crime), o mesmo é limitado por meio de uma necessária interpretação sistemática que o conjuga com os arts. 1º e 13 do mesmo Código.” (BARROS, José Ourismar. *Criminalidade de empresa*. A responsabilidade penal dos diretores empresariais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 74).

**Renato Machado Martins**, escorado em argumentos sobre a acessoriedade, entende que o Código Penal brasileiro adotou a distinção entre autor e partícipe e que a distinção entre essas duas espécies ocorre no âmbito do tipo penal, e não no âmbito da culpabilidade.<sup>365</sup>

**Cláudio Brandão** entende também que o sistema brasileiro adotou a distinção entre autor e partícipe, em razão da leitura do artigo 29, §1º, do Código Penal.<sup>366</sup>

**Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli** discorrem no mesmo sentido. Afirmam, inclusive, que o Código Penal não se preocupa em estabelecer diferenças entre autor e partícipe porque essa distinção deve ser extraída dos dados ônticos da conduta.<sup>367</sup>

**João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem** aduzem que é perfeitamente possível reconhecer a existência da autoria e da participação da forma como está disposto no Código Penal, embora não exista distinção expressa.<sup>368</sup>

<sup>365</sup> “Não há, pensa-se, como negar a atual preferência legislativa pela acessoriedade da participação. Embora essa opção (acessoriedade da participação) não esteja expressa em nossa legislação (como ocorre, por exemplo, no Código Penal Espanhol e no StGB - Código Penal Alemão), restou evidente a preferência do legislador reformador no sentido de distinguir os institutos da autoria e da participação no tratamento do concurso de pessoas. Mais: a distinção proporcionada pelo legislador reformador entre autoria e participação se dá no âmbito do tipo penal, e não no âmbito da culpabilidade, como fator de adequação de pena. A redução da pena para o partícipe é, em verdade, uma consequência do acolhimento da teoria da acessoriedade. Há para o partícipe que contribui para a realização de um determinado crime, a extensão típica e, como consequência de sua contribuição acessória, a redução de sua pena. Os atuais art. 29 e 30 do CPB permitem essa afirmação e essa conclusão. Ainda, a preferência e a pretensão do legislador reformador pela acessoriedade da participação restaram evidentes, conforme se infere do item 25 da exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal Brasileiro. Trata-se de uma interpretação autêntica.” (MACHADO, 2015, p. 60-61).

<sup>366</sup> “A teoria extensiva deve ser de pronto rechaçada, à luz do nosso Direito positivo, porque o Código Penal distingue autores de partícipes, conforme se depreende do parágrafo primeiro do art. 29.” (BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 271).

<sup>367</sup> “O artigo 29, *caput*, do Código Penal fixa regra de conformidade com a qual, “*quem de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*” Com isso, não se pode entender que, para o Código, todos os que concorrem “para o crime” sejam autores, e sim, que todos os que concorrem têm, em princípio, a mesma pena estabelecida para o autor. Como se pode perceber, o Código não se ocupa de definir o autor, o cúmplice e o instigador, e apenas estabelece regras de fixação de penas para todos. Autor e partícipe não são, como vimos, conceitos inventados pelo direito penal, mas recolhidos por este do ôntico, da realidade. Por tal razão, o Código não tem motivos para defini-los, mas remetê-los aos dados ônticos, limitando-se a fixar a regra de que, em princípio, todos têm a mesma pena. Ocorre algo análogo quando se organiza um baile: as entradas podem ter preços diferentes para os homens e para as damas, mas nada impede que tenham o mesmo preço. Os organizadores limitam-se a estabelecer o preço das entradas para os que acorrerem ao baile, que pode ser igual ou diferente para cavalheiros e damas, mas os organizadores do baile não se ocupam de definir homens e mulheres, porque estes são dados ônticos. De qualquer maneira, a abstenção em estabelecer diferenças quanto às penas existe só em princípio, porque, de imediato, o próprio art. 29, *caput*, estabelece que a pena de cada um dos concorrentes será determinada “na medida de sua culpabilidade”, enquanto o §1º diminui a pena quando a participação for “de menor importância”. Vale dizer que se torna necessário construir regras lógicas para se determinar quando o injusto é menor, de acordo com o §1º, e qual é o grau de culpabilidade, de conformidade com o art. 29, *caput*.

Por elementares razões sistemáticas, não se pode afirmar, como pretende a simplista teoria do “autor único”, que todo causador é autor, porque não ficaria em pé nenhum dos princípios básicos do direito penal, e porque se iria cair no ridículo de considerar autor a quem não apresenta caracteres típicos nem mesmo caracteres naturais para sê-lo: o farmacêutico que entrega substância abortiva seria autor de auto-aborto. Semelhante negação de dados ônticos não é admissível num sistema racional. Isto determina a necessidade inafastável de se distinguir autores e partícipes.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 570-571).

<sup>368</sup> “O Código Penal brasileiro não faz distinção expressa entre autor e partícipe. Há apenas o reconhecimento da autoria e da participação em diversos dispositivos. A regra geral prevista no art. 29 determina: “Quem, de

Considerando esse panorama doutrinário, percebe-se que não há uniformidade quanto ao tratamento da matéria, mas se vislumbra que há, em alguma medida, aceitação de que o Código Penal brasileiro admite a distinção entre autoria e participação.

Ao que parece, os resquícios das raízes causalistas que possam ser encontrados no Código Penal não impedem conferir interpretação que aceite a distinção entre autoria e participação, sobretudo porque é possível encontrar no Código dispositivos que efetivamente oferecem tratamento para condutas distintas.

O entrave que pode advir da aplicação do artigo 29, §1º, do Código Penal é fazer eventual distinção entre participação e participação de menor importância, pois, por dicção legal, a diminuição da pena somente adviria com a menor participação. Se assim for, poderia ocorrer hipótese em que, aplicada a teoria do domínio do fato, pudesse o intérprete se deparar com participação de relativa relevância e que, ao final, a pena, levando em consideração somente os aspectos objetivos da conduta, em nada se diferenciaria da punição do autor.

Evidentemente que, ante a diversidade de casos que podem surgir, a consideração da participação de maior e de menor importância será dotada de elevado subjetivismo conferido ao julgador. Embora a doutrina possa tentar fazer distinção entre esses dois fatores, fato é que foi uma opção do legislador e que dessa celeuma há de se reconhecer que nem todos os pontos podem ser previamente calculados pela dogmática.

Mais três pontos no ordenamento jurídico brasileiro podem ser destacados, mas que não se referem necessariamente à distinção entre autor e partícipe, senão a distinção valorativa de condutas entre um autor e outro. O primeiro diz respeito ao artigo 62, III, do Código Penal que prevê que a pena é agravada em relação ao agente que instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito a sua autoridade. Por certo, a instigação deve ser determinante, pois a mera sugestão não é suficiente para agravar o crime.<sup>369</sup> Deve se dizer mais. A interpretação a ser conferida sobre a palavra instigação, para fins de aumento de pena, deve ser realizada à semelhança da interpretação sobre a instigação-autoria da doutrina portuguesa. Dessa forma, não se vislumbra coerente em um sistema cujos aspectos objetivos do tipo penal sejam mais agravados para o partícipe em comparação com a pena do autor. Sendo assim, de *lege ferenda*, deveria permanecer apenas a palavra “determina”, ou de *lege*

---

qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Numa leitura desatenta, pode-se pensar num conceito extensivo de autoria, mas a lei reconhece somente a proporcionalidade das penas na medida da culpabilidade. Como a distinção entre autor e partícipe não está fundada na maior ou menor pena cabível, é perfeitamente possível reconhecer as duas modalidades de concorrentes no Código Penal.” (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 606).

<sup>369</sup> “A instigação deve ser determinante, pois a mera sugestão não convincente é insuficiente para agravar o crime.” (*Idem*, p. 705).

*lata*, entender que a instigação, para fins de aumento de pena, ocorra quando o sujeito se utiliza de meio eficaz para exercer o poder de mando.

É importante destacar o artigo 62, I, do Código Penal que prevê que a pena será agravada em relação ao agente que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes. Desse dispositivo pode se interpretar que o legislador nacional admite a autoria mediata ou o domínio funcional do fato, mediante autoria intelectual, e que a sua reprovabilidade deve ser maior se comparada com aquele que executa diretamente o delito. Portanto, é necessário distinguir os atos que são meros conselhos daqueles que se verificam certo grau de ascendência entre um autor sobre o outro.<sup>370</sup>

Por fim, vale mencionar também a legislação sobre o crime organizado. Ao prever a repressão ao crime organizado, o legislador direcionou maior agravamento da pena, mediante causa especial de aumento, quando a pessoa exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. Da leitura do artigo 62 do Código Penal e do artigo 2º, §3º<sup>371</sup>, da Lei nº 12.850/2003 verifica-se que o legislador se orientou também pela admissão da autoria mediata.

Estando certo o rumo dessas argumentações, parece assimilável a ideia de que a teoria do domínio do fato tem aplicação no ordenamento jurídico nacional<sup>372</sup>. Embora exista a crítica sobre a desnecessidade ou a incompatibilidade da teoria do domínio do fato com o sistema brasileiro<sup>373</sup>, revela-se perfeitamente possível que as linhas gerais sobre a teoria do domínio do fato sejam aplicadas em consonância com o Código Penal.<sup>374</sup>

---

<sup>370</sup> “Trata-se da chamada autoria intelectual. O promotor, o organizador, bem assim o dirigente da ação dos demais intervenientes, têm sagacidade, visão de longo prazo e poder de liderança, no caso voltados para a vulneração da ordem jurídico-penal. Merecem, pois, uma reprovabilidade mais acentuada do que a dos outros participantes. Os atos que desempenham não são meros conselhos, palpites ou exortações, mas, sim, de ascendência, tirocínio e atuação destacada - verdadeiros mentores ou artífices intelectuais do crime coletivo. É o verso, portanto, da participação de menor importância (art. 29, §1º, do CP).” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 502).

<sup>371</sup> Artigo 2º da Lei nº 12.850/2013:

“Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: § 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.”

<sup>372</sup> “No Brasil, a teoria do domínio do fato tem sido amplamente aceita tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência e por nossas leis penais, tendo, inclusive, exercido influência na Reforma da Parte Geral de 1984, como se verifica, por exemplo, com a circunstância agravante relativa à autoria intelectual (art. 62, I, do CP).” (SOUZA; JAPIASSÚ, *Op. cit.*, p. 354).

<sup>373</sup> “Esclarecido este aspecto, a segunda questão que surge é: um *sistema unitário funcional* admite ou é compatível com a teoria do domínio do fato? Em resposta a esta questão refere Batista, ao analisar a teoria do domínio do fato de Roxin, que “para o direito penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério para os crimes comissivos dolosos”.

Todavia, não é correto tal entendimento, por duas razões: em primeiro lugar, porque o próprio Roxin não só rechaça categoricamente a adoção de um sistema unitário, como esclarece que desenvolve sua teoria sobre o pilar do sistema diferenciador; em segundo lugar, porque a concepção de domínio do fato (tanto de Welzel

A existência do artigo 29 do Estatuto Repressivo não inviabiliza a aplicação da teoria do domínio do fato<sup>375</sup>, pois o legislador brasileiro adotou apenas diretrizes gerais.<sup>376</sup>

### 3.1.3 A omissão imprópria e o concurso de agentes

A omissão imprópria, conforme visto no capítulo anterior, estaria abrangida por um recorte teórico diferente da teoria sobre o domínio. Malgrado a relevância da teoria da infração de um dever quanto à análise do círculo de possíveis autores, não seria a proposta mais adequada para solucionar a distinção entre autor e partícipe. Resta saber, neste momento, se é possível existir concurso de agentes quando o delito é praticado mediante omissão imprópria.

A pertinência deste tópico é apenas alçar voo sobre o tratamento da matéria sobre o concurso de agentes e a omissão. Não é visto, neste campo, e sim no próximo capítulo, os fundamentos materiais pelo qual se pressupõe que o empresário ou diretor empresarial possa ser responsável por atos praticados por terceiros que estão sobre a sua subordinação ou por infração penal decorrente diretamente de seus próprios atos omissivos.

Nessa toada, convém lembrar que o artigo 13, *caput*, do Código Penal dispõe sobre a relação de causalidade entre o resultado tanto da ação quanto da omissão.<sup>377</sup> No respectivo parágrafo segundo há a previsão da chamada omissão imprópria que imputa a responsabilidade penal ao agente que figura na condição de garante. Essa situação ocorre

quanto de Roxin) está assentada no absoluto rechaço a premissas causais-naturalistas, as quais, diferentemente, são o pilar de sustentação do sistema unitário.

Por conseguinte, não há como transpor a teoria do domínio do fato de Roxin ao plano brasileiro, devido à sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional.” (ALFLEN, 2014, p. 169-170).

<sup>374</sup> “A teoria do domínio do fato é, sem dúvida, a que hoje conta com o maior número de adeptos na Alemanha e, entre nós, ela tem sido acolhida amplamente pela doutrina e jurisprudência. É surpreendente o crescimento de sua aceitação e da distinção entre autoria e participação no estudo no concurso de pessoas.” (MACHADO, 2015, p. 271).

<sup>375</sup> “O fato é que o art. 29, *caput*, CP, não inviabiliza a adoção da teoria do domínio do fato, desde que corretamente compreendida.” (LEITE, 2014, p. 135).

<sup>376</sup> “É tarefa da doutrina e da jurisprudência desenvolver critérios para a fundamentação da distinção entre autor e partícipe, uma distinção que, se nosso legislador não realizou, também não proibiu. Apenas não me parece correto afirmar que o legislador *adotou* uma <<teoria diferenciadora mitigada>>, ou que fez <<concessões>>, na medida em que o legislador não fez simplesmente nada em termos sistemáticos. Apenas elencou diretrizes bem gerais e buscou se resguardar de determinados problemas - como, especialmente, a necessidade de redução de pena para contribuições <<menos importantes>> (art. 29, §1º), a proibição da comunicação de circunstâncias pessoais no art. 30, CP (abaixo III. 6) e o art. 31, que exige o início da execução do crime para que se puna o auxílio, o ajuste, a determinação ou instigação. Nada mais que isso.” (*Idem*, p. 136-137).

<sup>377</sup> Artigo 13 do Código Penal:

“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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

quando essa pessoa está em uma posição na qual devia e podia agir para evitar o resultado, e esse dever tem origem na lei, no contrato ou no comportamento prévio.<sup>378</sup>

Essa matéria é tratada de forma semelhante na legislação portuguesa<sup>379</sup>, na espanhola<sup>380</sup> e na alemã<sup>381</sup>, com destaque para a possibilidade de atenuação da pena em relação à legislação portuguesa e à alemã quanto à comissão por omissão, situação não prevista na legislação brasileira.

Nilo Batista<sup>382</sup> e Juarez Estevam Xavier Tavares<sup>383</sup>, ao discorrerem sobre a omissão, entendem que não é possível existir concurso de agentes, sob o argumento de que cada um

<sup>378</sup> Artigo 13, §2º, do Código Penal:

“§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).”

<sup>379</sup> Artigo 10 do Código Penal português:

“Comissão por acção ou omissão.

1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.

2 - A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

3 - No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.”

<sup>380</sup> Artigo 11 do Código Penal espanhol:

“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contratual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

<sup>381</sup> Artigo 13 do Código Penal alemão:

“Comisión por omisión

(1) Quien omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción.

(2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1.”

<sup>382</sup> “Quando dois médicos omitem - ainda que de comum acordo - denunciar moléstia de notificação compulsória de que tiveram ciência (art. 269 CP), temos dois autores diretos individualmente consideráveis. A inexistência do acordo (que, de resto, não possui qualquer relevância típica) deslocaria para uma autoria colateral, sem alteração substancial na hipótese. No famoso exemplo de Kaufmann, dos cinquenta nadadores que assistem passivamente ao afogamento do menino, temos cinquenta autores diretos da omissão de socorro. A solução não se altera se se transferem os casos para a omissão imprópria: pai e mãe que deixam o pequeno filho morrer à míngua de alimentação são autores diretos do homicídio; a omissão de um não “completa” a omissão do outro; o dever de assistência não é violado em 50% por cada qual. Da mesma forma é resolvido o caso em que se defrontam uma ação positiva que tipicamente lesiona um bem jurídico, e a omissão do garantidor desse bem, como no exemplo de Bacigalupo: o salva-vidas *A* olha tranquilamente e inerte *B* que empurra para a água *C*, que visivelmente não sabe nadar, e vem a morrer por afogamento. Não há co-autoria pensável, pela falta de um ponto comum de referência compartilhável: *A* é autor direto por violar o dever de garantidor; *B* é autor direto porque possui o domínio do fato (na modalidade de domínio da ação).” (BATISTA, 2005, p. 86-87).

<sup>383</sup> “Consoante esse dado, pode-se afirmar que nos crimes omissivos não há concurso de pessoas, isto é, não há coautoria nem participação. Essa é a velha e sempre atual lição de WELZEL.” (TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 405).

responde pela omissão individualmente. Esse posicionamento vem escorado nos ensinamentos de Armin Kaufmann<sup>384</sup>.

Entretanto, João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem entendem que é possível existir a coautoria tanto na omissão própria quanto na omissão imprópria, desde que sejam reunidos os vínculos objetivos e subjetivos entre os concorrentes.<sup>385</sup>

No âmbito da criminalidade econômica não é difícil de se vislumbrar o conluio entre dois administradores que decidam, em conjunto, não declarar Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, sabendo que, com a declaração, existirá imposto a pagar. Bastaria que apenas um realizasse a declaração para que o delito deixasse de existir.

Da mesma forma, pode se utilizar exemplo no âmbito da relação consumeirista, no qual empresários, conhecedores dos ingredientes compostos no produto oferecido no mercado, omitem informação relevante sobre natureza, qualidade ou quantidade.<sup>386</sup>

Sobre essa questão, Juarez Cirino dos Santos informa que é posicionamento da doutrina majoritária a admissão da coautoria, e que, inclusive, poderia ficar caracterizada a coautoria por omissão de ação no caso dos dirigentes de empresas e em decorrência de atribuições estatutárias.<sup>387</sup>

<sup>384</sup> “No es concebible en el hecho de omitir una acción. Como no existe el dolo de omisión, tampoco una <<decisión común del hecho>>. Y tampoco existe la posibilidad de <<división del trabajo>>, pues la omisión no presenta <<acción ejecutiva>> alguna.

También faltan las formas de participación análogas. Si cincuenta que saben nadar contemplan inactivos cómo ses ahoga un niño, ciertamente todos ellos han omitido la salvación, pero no la han omitido <<conjuntamente>>. Cada uno por sí mismo es <<autor por omisión>>, si se quiere <autor simultáneo>> de la omisión. Cuando en una situación de desamparo dos circunstancias sólo pueden evitar una consecuencia dañosa actuando conjuntamente, si permanecen inactivos, ciertamente *omiten* <<obrar como coautores>>; pero no omiten <<en coautoría>>.” (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 202).

<sup>385</sup> “Reconhece-se a possibilidade de coautoria em crimes omissivos. A omissão é deixar de fazer algo quando a lei obriga a agir. Tanto na omissão própria quanto na omissão imprópria é possível que haja os vínculos objetivo e subjetivo entre os concorrentes, com o fim de praticar o fato típico. Por exemplo, no crime de omissão de socorro (CP, art. 135), duas pessoas, ao avistarem um terceiro em perigo, podem acordar em não socorrê-lo, conhecendo a obrigação imposta por lei de socorrer ou chamar quem possa fazê-lo. Por sua vez, no caso em que pai e mãe, em comum acordo, deixam de alimentar o filho, que vem a falecer, o que se atribui a ambos (concurso de agente) é a responsabilidade pelo homicídio por omissão.” (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 608).

<sup>386</sup> Artigo 66 do Código de Defesa do Consumidor (CDC):

“Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.”

<sup>387</sup> “A possibilidade de coautoria por *omissão de ação* é rejeitada por um setor minoritário, mas admitida pelo setor dominante da literatura. Exemplos: omissão de ação comum do pai e da mãe em relação aos cuidados do filho recém-nascido; vários dirigentes de empresa omitem a retirada do mercado de produto nocivo à saúde da população. Segundo a teoria dos *delitos de dever*, na omissão de cuidados do pai e da mãe, cada *garante* seria autor independente por omissão de ação - e não coautor por omissão de ação; entretanto, no caso dos dirigentes de empresa, atribuições estatutárias comuns poderiam caracterizar coautoria por omissão de ação. Por outro lado, hipóteses de atuação positiva de um coautor, enquanto o outro, de modo contrário ao dever, omite a ação de impedir a atuação positiva do primeiro, não seriam casos de coautoria, mas de autoria e de participação, pela posição subordinada do omitente em relação ao autor (o vigia não impede o furto no estabelecimento vigiado).” (SANTOS, 2014, p. 361).

Além disso, segundo escólio de Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú, é possível falar tanto em coautoria como em autoria e participação. Para ocorrer a participação em delitos omissivos sempre deverá a participação ocorrer por intermédio de um fazer positivo. Explicam que, caso o chamado partícipe também estiver no dever legal de agir, deixará de ser partícipe e passará a ser coautor. De outro vértice, caso exista uma ação por parte do autor, é possível que exista uma participação omissiva, citando o exemplo da pessoa que deixa a porta aberta para que o autor do fato delituoso pratique o furto.<sup>388</sup> Esse mesmo entendimento é orientado por Cezar Roberto Bitencourt<sup>389</sup>, inclusive para os crimes omissivos impróprios.<sup>390</sup>

<sup>388</sup> “Nada impede que possa existir participação em crime omissivo, seja na omissão própria seja na imprópria, ressalvando-se, quanto a esta última, a hipótese do suposto partícipe também se enquadrar no dever legal de agir. Se isto ocorrer, haverá autoria (ou coautoria) e não participação. (...)”

Observa-se, portanto, ser possível a participação em crime omissivo, mas sempre por intermédio de um fazer positivo. A instigação ou a cumplicidade pressupõe comportamento comissivo, sendo inconcebível a participação omissiva em crime omissivo.

Por outro lado, nada impede que possa existir participação omissiva em crime comissivo, como no caso do agente que deixa de trancar o portão de uma residência, permitindo-se, assim, o ingresso do ladrão que irá subtrair objetos de valor.

É possível, ainda, existir a participação em crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão.” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 379-380).

<sup>389</sup> “Não se pode confundir *participação em crime omissivo* com participação por omissão em crime comissivo. A participação no crime omissivo ocorre normalmente através de um agir positivo do partícipe que favorece o autor a descumprir o comando legal (tipificador do crime omissivo). O paciente que *instiga* o médico a não comunicar a existência de uma enfermidade contagiosa às autoridades sanitárias não é *autor* de delito autônomo, mas *partícipe* de um crime omissivo. Já o caixa que deixa o cofre aberto para facilitar o furto é *partícipe*, com sua ação omissiva, de um crime comissivo. Assim como o crime comissivo admite a participação através de omissão, o crime omissivo também admite a participação através de comissão. O que ocorre - segundo Bustos Ramirez - é a impossibilidade de participação omissiva em crime omissivo, sob a modalidade de instigação. Não se pode instigar através de omissão, pela absoluta falta de eficácia causal dessa *inatividade*.

Se o agente estiver igualmente obrigado a agir, não será partícipe, mas autor ou, como pensamos ser possível, coautor, desde que haja a consciência de anuir à omissão de outrem. Esse vínculo subjetivo, caracterizador da *unidade delitual*, tem o mesmo efeito tanto na ação ativa quanto na passiva. Assim como o *comando* é comum nos crimes omissivos, a *proibição* da conduta criminosa é igualmente comum nos crimes comissivos, o que, nem por isso, impede a coautoria. Do afirmado fica claro que entendemos ser perfeitamente possível a *coautoria* em crime omissivo próprio. Se duas pessoas deixarem de prestar socorro a uma pessoa gravemente ferida, podendo fazê-lo, sem risco pessoal, praticarão, individualmente, o crime autônomo de *omissão de socorro*. Agora, se essas duas pessoas, de comum acordo, deixarem de prestar socorro, nas mesmas circunstâncias, serão *coautoras* do crime de omissão de socorro. O princípio é o mesmo dos crimes comissivos: houve *consciência* e *vontade* de realizar um empreendimento comum, ou melhor, no caso, de não realizá-lo conjuntamente.” (BITENCOURT, 2015, p. 568-569).

<sup>390</sup> “Pensamos que a *participação* também pode ocorrer nos chamados “crimes omissivos impróprios” (comissivos por omissão), “mesmo que o partícipe não tenha o dever jurídico de não se omitir”. Claro, se tivesse tal dever seria igualmente autor, ou coautor se houvesse a resolução conjunta de se omitir. É perfeitamente possível que um terceiro, que não está obrigado ao comando da norma, *instigue* ao *garante* a não impedir o resultado. Qual seria a natureza da responsabilidade desse *instigador*, autor do crime consumado? Claro que não. A sua *atividade acessória*, secundária, contribuiu moralmente para a resolução criminosa do garante. Este é *autor* do crime ocorrido, do qual tinha o domínio do fato e o dever jurídico de impedir sua ocorrência; aquele, o *instigador*, que não estava obrigado ao comando legal e não dispunha do *domínio* da ação final, contribuiu decisivamente para a sua concretização. Não pode ficar impune, mas tampouco cometeu ilícito autônomo. A *tipicidade* de sua conduta só pode ser encontrada através da *norma integradora*, na condição de *partícipe*. Se tiver o *dever jurídico* de não se omitir será autor, ou coautor, conforme já referimos, mas jamais partícipe.” (BITENCOURT, 2015, p. 569).

Extrai-se desses posicionamentos que tanto a coautoria como a participação em crimes omissivos são aplicáveis em delitos econômicos e empresariais.

No âmbito da criminalidade empresarial não é difícil de imaginar o empregado que instiga o empregador a praticar um delito, como por exemplo, o funcionário que instiga o empresário a sonegar tributos, mediante omissão, para que tenha verba disponível para pagar o seu próprio salário, ou também o dono de uma instituição financeira que instiga o interventor a não apresentar documentos sob a responsabilidade deste.<sup>391</sup>

Portanto, é possível entender que exista concurso de agentes em condutas omissivas, qualificando como autor a pessoa que detenha a posição de garante do bem jurídico tutelado.

### 3.1.4 Os delitos especiais e o concurso de agentes

Na doutrina estrangeira existe a afirmação contumaz de se afirmar que os delitos empresariais normalmente são delitos especiais, conforme discorrem por exemplo Juan Terradillos Basoco<sup>392393</sup> e Susana Aires de Sousa<sup>394</sup>.

No entanto, ao visualizar a legislação nacional, essa não é a mesma compreensão que se tem sobre o tema. O legislador brasileiro, ao que se observa, optou por tipificar condutas que, em sua maioria, não exige que o sujeito tenha alguma qualificação especial. Por política criminal legislativa, a tipificação é destinada a evitar muito mais condutas que possam afetar um bem jurídico se comparado com condutas praticadas especificamente por algumas pessoas.

<sup>391</sup> Artigo 12 da Lei nº 7.492/1986:

“Deixar, o ex-administrador de instituição financeira, de apresentar, ao interventor, liquidante, ou síndico, nos prazos e condições estabelecidas em lei as informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

<sup>392</sup> “La problemática del sujeto activo ofrece caracteres propios en el estudio del Derecho penal de la empresa, por cuanto ésta actúa como estructura compleja, jerarquizada, en la que los centros de decisión aparecen, a menudo, alejados de los agentes ejecutores. Además, como se tipifican comportamientos de sujetos que intervienen en el tráfico económico desde posiciones fuertemente formalizadas, es frecuente la configuración de estos delitos como especiales.” (TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 39).

<sup>393</sup> “En Derecho penal de la empresa, fuertemente vinculado a la infracción de obligaciones específicas de ciertos sujetos - normalmente el empresario -, es fácil encontrar ejemplos de esta técnica: artículo 499 bis párrafo primero (el empresario), artículo 520 (el comerciante quebrado), 348 bis a (los obligados por la normativa laboral sobre seguridad en el trabajo), 349 (el que elude el pago de sus impuestos), etc.” (*Idem*, p. 42).

<sup>394</sup> “Uma outra reflexão em torno dos problemas inerentes à autoria e comparticipação no contexto empresarial prende-se como facto de muitos dos delitos que integram o chamado direito penal de empresa serem crimes específicos, uma vez que se trata de normas fortemente vinculadas à infração de obrigações e deveres especiais que recaem sobre determinados sujeitos: o devedor (no caso da insolvência dolosa), o administrador ou gerente (na maioria dos crimes societários, a que se refere o Código das Sociedades Comerciais), o empregador (em algumas infracções laborais previstas no Código do Trabalho), o que tem a obrigação de entregar à administração tributária o imposto deduzido nos termos da lei (nos crimes de abuso de confiança fiscal ou abuso contra a segurança social, previstos no Regime Geral das Infracções Tributárias), etc.” (SOUSA, 2009, p. 1.022).

Não é de se olvidar que, com a criação de novos dispositivos penais, sobretudo no âmbito do Direito Penal Econômico, houve aumento da previsão de delitos especiais devido às posições de garantia, mas nem sempre relacionados diretamente à empresa. Algumas proibições são destinadas a servidores públicos. Pode ser constatada essa assertiva em alguns dispositivos na seara ambiental, do consumidor, do sistema financeiro e de crimes societários.

No âmbito do Direito Penal empresarial, podem ser citados alguns exemplos de tipos penais que demandam qualificação especial do sujeito ativo. São eles: artigos 4 e parágrafo único, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, parágrafo único, 15, 17, 18 e 23 todos da Lei nº 7492/1986 e artigos 89, 92, 96, 97, 98 todos da Lei nº 8.666/1993.<sup>395</sup>

De qualquer modo, quando a tipificação penal demandar por uma especialização do sujeito, a doutrina denomina o agente com essa qualificadora como *intraneus*, e o participante (*lato sensu*) como *extraneus*.<sup>396</sup>

Considerando isso, caberia discutir a natureza jurídica desse participante (*extraneus*), ou seja, se atuaria como autor ou como partícipe, uma vez que, sozinho, não poderia praticar o delito em questão.

Segundo Mariana Tranchesi Ortiz não seria adequada a extensão da norma de comunicabilidade à transmutação da natureza jurídica do agente em autor. O raciocínio é de que se pudesse admitir a imputação como autoria ou coautoria de um delito especial, a despeito de não reunir as condições para tanto exigidas pelo tipo, conduziria fatalmente ofensa ao princípio da reserva legal. Essa comunicabilidade das circunstâncias, então, não enunciaria o título de responsabilidade de cada concorrente.<sup>397</sup> Em razão da redução do

<sup>395</sup> Entendimento segundo José Paulo Baltazar Júnior. (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011).

<sup>396</sup> “A doutrina costuma denominar *intraneus* a pessoa que possui a qualidade exigida pelo tipo do delito especial, enquanto *extraneus* é aquele que está fora desse grupo.” (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 608).

<sup>397</sup> “Assim, quando o legislador penal dispõe que se devam comunicar as circunstâncias elementares, estaria apenas garantindo a punibilidade do *extraneus* que colabora para um delito especial próprio, e que, na hipótese de um delito especial impróprio, não se lhe impute o delito comum correspondente, mas sim o especial, pelo qual obrigatoriamente responderá o *intraneus*.

A “comunicabilidade das circunstâncias”, no entanto, nada diria a respeito do título de responsabilidade de cada concorrente.

Prever, portanto, que ambos, *intranei* e *extranei*, devam responder pelo mesmo delito especial não leva implícita a ideia, muitas vezes encampada pela doutrina e pela jurisprudência, de que o *extraneus* poderá ser autor (ou coautor) desse delito.

Não poderá. E esta é, como se viu, a conclusão de todas as teorias da autoria consideradas ao longo deste capítulo para a resolução das mais problemáticas questões envolvendo o concurso de pessoas nos delitos especiais.

A interpretação do teor do art. 30 do Código Penal há, pois, de ser integrada com a disciplina das figuras que tipificam os delitos especiais, preservando-lhes a estrutura legal e a *ratio essendi* da limitação do âmbito da autoria a um grupo determinado de indivíduos.

Tal interpretação integradora, tudo indica, apenas se pode dar na medida em que o *extraneus* que concorre para um delito especial seja responsabilizado no limite da participação em sentido estrito.

círculo de possíveis autores, o *intraneus* seria um garantidor especial, e eventual violação do bem que deveria proteger lhe acarretaria maior reprovabilidade.<sup>398</sup>

Entretanto, o Código Penal brasileiro, pelo artigo 30, adotou a comunicabilidade das circunstâncias sem qualquer distinção. Em razão disso é possível compreender o *extraneus*, a depender da sua contribuição para o fato lesivo, como coautor.<sup>399</sup> Esse é o posicionamento preponderante no cenário nacional.<sup>400</sup>

A defesa de que sempre haveria maior reprovabilidade da conduta para o *intraneus* está estribada na aceitação da teoria da infração de um dever. Contudo, ao se aceitar a utilização da teoria do domínio do fato, inclusive para delitos especiais, a vulneração do bem jurídico tutelado poderá ocorrer no mesmo grau de reprovabilidade pelo *extraneus*.

Conforme explica Manuel Andres Abanto Vásquez, existem duas possibilidades para delimitar autoria e participação nos delitos especiais. Uma delas é a teoria do domínio do fato e a outra é o da infração de um dever.<sup>401</sup>

Por certo, não há como alterar a natureza jurídica do agente que possui a qualificadora, que é o *intraneus*, e do que não a possui, o *extraneus*. No entanto, não existe obrigatoriedade em qualificar o segundo como partícipe.

Afinal, admitir possa ser-lhe imputada autoria ou coautoria de um delito especial, a despeito de não reunir as condições exigidas pelo tipo para tanto, conduziria fatalmente - assim se entende - à ofensa ao princípio da reserva legal e à negativa de todo o sentido normativo da classe delitiva de que se ocupa este estudo.” (ORTIZ, Mariana Tranchesi. Concurso de agentes nos delitos especiais. São Paulo: IBCCRIM, 2011, p. 207).

<sup>398</sup> “Com maior razão, parece, deva sê-lo nos delitos especiais, para os quais, consoante visto, a limitação do círculo de autores obedece a uma maior acessibilidade ao bem jurídico protegido, que converte o *intraneus* em especial garantidor de sua indenidade, sendo-lhe exigível não apenas a abstenção da criação de riscos, mas a realização de condutas benéficas ao valor ou bem tutelado.

O reflexo penológico dessa maior reprovabilidade da conduta atentatória ao bem jurídico promovida pelo *intraneus* em relação à do *extraneus* parece, assim, imperativo, ao menos na maior parte dos casos, de modo que o simples reconhecimento da condição de partícipe ao indivíduo não qualificado não bastaria para o que aqui se entende uma correta e justa compreensão jurídica do fenômeno da codelinquência nos delitos especiais.” (*Idem*, p. 208-209).

<sup>399</sup> “Nosso Código adotou uma regra que estende o alcance da norma ao *extraneus* no concurso de agentes. Logo, este que atua junto ao *intraneus* se transformaria num *intraneus* também e, com isso, teria o poder de realizar o próprio tipo da parte especial e de ser autor.” (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 608-609).

<sup>400</sup> “Segundo a postura maciçamente sustentada pela doutrina pátria, a regra da comunicabilidade dessas circunstâncias permitiria responsabilizar o não qualificado pelo delito especial como se qualificado fosse. Assim, quando concorressem para o mesmo delito um indivíduo que reúna tais circunstâncias ou condições pessoais e outro que não as possua, dar-se-ia a chamada comunicabilidade, pela qual, supostamente, o não qualificado seria tido por qualificado”. (ORTIZ, *Op. cit.*, p. 203).

<sup>401</sup> “En resumen existen dos posibilidades para llevar a cabo la delimitación de la autoría y la participación en los delitos especiales: emplear - como se hace en los delitos comunes - la teoría de “el dominio del hecho”, o recurrir a la relativamente nueva teoría de la “infracción del deber”. Ambas soluciones provienen de Alemania donde el problema mismo fue planteado por Johannes NAGLER ya en 1903 en su monografía *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*” (La participación en los delitos especiales). La segunda corriente fue fundada por Claus ROXIN en 1963 a través de su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (Autoría y dominio del hecho).” (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel Andres. Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. Revista penal. Salamanca, n. 14, p. 5, 2004.).

A figura do *extraneus* sempre será aquele que não tem características exigidas pelo tipo. Para fins de situá-lo como autor ou como partícipe deverá ser verificado se agiu com o domínio funcional do fato, pois, quanto à vulneração do bem jurídico tutelado, parte-se do pressuposto que, caso tenha se associado ao *intraneus*, por essa via de acesso também teve maior possibilidade de afetação do bem jurídico.

O domínio funcional do fato é verificado mediante contribuição relevante para o ato. Considerando que a contribuição relevante depende das circunstâncias de cada caso concreto, significa que a contribuição do *intraneus* sempre será relevante e a do *extraneus* dependerá de cada caso. Em outras palavras, a afetação do bem jurídico depende da imprescindível participação do *intraneus*, e este sempre será qualificado como autor.

Um exemplo a ser citado é a gestão fraudulenta de instituição financeira. O artigo 4º em combinação com o artigo 25, ambos da Lei nº 7.492/1986, demandam qualificação especial do agente. Para cometer o delito é imprescindível que pelo menos um dos agentes exerça o cargo de controlador, de administrador, de diretor, de gerente, de interventor, de liquidante ou de síndico (administrador judicial).

Em uma hipotética situação, um diretor de uma instituição financeira poderá se utilizar do nome de algum parente, com a conivência deste, mas sem qualquer outra participação no delito, e, mediante sucessivas transferências financeiras em desacordo com normas do Banco Central, gerir fraudulentamente a instituição. Nesse caso, pode-se entender que o *extraneus* tenha agido como partícipe. Outra hipotética situação é a apresentada na Ação Penal nº 470, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Embora o Ministério Público Federal não tenha denunciado o núcleo político e o núcleo operacional como incidentes no crime de gestão fraudulenta, não seria impossível imputar a esses agentes como praticantes de delito contra o sistema financeiro nacional. No caso apreciado pela Suprema Corte, mediante a necessidade de se manter esquema organizado da compra de votos parlamentares, foi necessário obter ajuda de instituições financeiras que se disponibilizaram a prestar serviços (gerindo fraudulentamente a instituição), com benefícios em contrapartida. Sendo assim, havendo cooperação de todos integrantes, é suficiente que apenas um deles tenha a exigência da qualificadora especial para que transmita a qualidade de autor para todos que tenham tido participação relevante.<sup>402</sup>

---

<sup>402</sup> Vários trechos da denúncia na Ação Penal nº 470 levam a essa conclusão, conforme se infere dos seguintes trechos:

(...)

“A origem desses recursos, em sua integralidade, ainda não foi identificada, sobretudo em razão de expedientes adotados pelos próprios investigados, que se utilizaram de uma elaborada engenharia financeira, facilitada pelos

Outra hipótese é a do ocupante de cargo público como é o caso de funcionários dos Correios. Na hipótese de o responsável pelo setor de licitações dos correios em conluio com terceiro fraudar licitação com o intuito de praticar peculato, em razão do superfaturamento do serviço prestado, não se vislumbra como imputar ao terceiro (*extraneus*) sempre e somente a condição de partícipe. Sua contribuição é muito importante e, às vezes, imprescindível para o deslinde da empreitada criminosa, muito embora, para a incidência no artigo 312 do Código Penal, seja demandada a figura do *intraneus*.

Os delitos especiais podem suscitar duas controvérsias muito próximas entre si. A primeira diz respeito ao administrador de fato e a outra é a atuação em nome de outrem, questões a serem vistas nos próximos tópicos.

---

bancos envolvidos, notadamente o Banco Rural, onde o dinheiro público mistura-se com o privado, perpassa por inúmeras contas para fins de pulverização até o seu destino final, incluindo muitas vezes saques em favor do próprio emitente e outras intrincadas operações com off shores e empresas titulares de contas no exterior, tendo como destino final paraísos fiscais.” (folha 10).

(...)

“A atuação do núcleo de Marcos Valério (Ramon Hollerbach, Cristiano de Melo Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias dos Santos) sempre esteve associada aos principais dirigentes do Banco Rural, parceiro inseparável nas empreitadas criminosas.” (folha 14).

(...)

“Os dados coligidos pela CPMI “dos Correios” e no presente inquérito, inclusive com base em declarações espontâneas do próprio Marcos Valério, demonstram que, no mínimo, R\$55 milhões, repassados pelos Bancos Rural e BMG, foram entregues à administração do grupo de Marcos Valério, sob o fundamento de pseudos empréstimos ao publicitário, empresas e sócios, e foram efetivamente utilizados nessa engrenagem de pagamento de dívidas de partido, compra de apoio político e enriquecimento de agentes públicos.

Também foram repassados diretamente pelos Bancos Rural e BMG vultosas quantias ao Partido dos Trabalhadores, comandado formal e materialmente pelo núcleo central da quadrilha, sob o falso manto de empréstimos bancários.

Desse modo, o núcleo do Banco Rural, em troca de vantagens indevidas, ingressou na engrenagem criminosa com o aporte de recursos milionários, mediante empréstimos simulados, além de montar uma sofisticada estrutura de lavagem de capitais para o repasse dos valores pagos aos destinatários finais.” (folha 17).

(...)

“José Dirceu comandava relevantes questões da administração pública federal que atraíam interesses de empresários e parlamentares, tanto que os dirigentes do Banco Rural e do Banco BMG, por intermédio de Marcos Valério, marcaram reuniões e se encontraram com o Ministro para discutirem assuntos empresariais de seu interesse.” (folha 23).

(...)

“Tudo sob as ordens do denunciado José Dirceu, que tinha o domínio funcional de todos os crimes perpetrados, caracterizando-se, em arremate, como o chefe do organograma delituoso.” (folha 25).

(...)

“Conforme anteriormente assinalado, os elementos de convicção obtidos comprovam que esses empréstimos não seriam sequer efetivamente quitados. Tanto o grupo ligado a Marcos Valério quanto as instituições financeiras apenas ingressaram no esquema, pois tiveram a prévia concordância do Ministro Chefe da Casa Civil e a garantia da inexistência de controle sobre suas atividades ilícitas e de benefícios econômicos diretos e indiretos.” (folha 26).

### 3.1.4.1 O administrador de fato

Nos crimes empresariais se pode se deparar com a figura do “laranja”, na qual o verdadeiro administrador se esconde atrás de um administrador formal, não raras vezes para a prática de atos ilícitos.

Embora não figure formalmente no contrato social, o administrador de fato pode e deve ser responsabilizado quando for o verdadeiro autor do delito. Se ele exerce uma posição que permite efetivamente qualificá-lo como administrador, então tudo se passa como se fosse administrador de direito. Este, por sua vez, não tem a sua responsabilidade afastada caso atue em conluio com o administrador de fato.<sup>403</sup>

Na opinião de Germano Marques da Silva, o fato de o administrador não possuir requisitos mínimos de legitimação da função no plano cível não equipara a analogia *in malan partem*.<sup>404</sup>

Nos crimes empresariais em geral, embora se possa se pressupor que o cometimento do delito seja praticado por um empresário ou por um empregado, e existir regulamentação

---

<sup>403</sup> “Analisámos já no Cap. II deste Título a problemática do administrador de facto e concluímos então que, na perspectiva da sua própria responsabilidade, se o agente voluntariamente viola o bem jurídico, actuando como se fosse efectivamente titular do órgão social, não há razão substantiva, nem formal, para excluir a sua responsabilidade.

Convém agora um breve excuro sobre a responsabilidade do administrador de facto que age junto a um administrador de direito. Trata-se sobretudo de esclarecer se, existindo administradores de facto e administradores de direito, ambos podem ser responsáveis, sobretudo pelos crimes próprios e especialmente pelos crimes omissivos puros e comissivos por omissão. Somos de opinião que o administrador de facto responde com se fora de direito, em todas as circunstâncias. Questão diversa é a da intervenção de cada um no caso concreto, mas não se há regras especiais em razão da qualidade de administrador de facto ou de direito. A questão que tem suscitado mais dúvidas é a relativa à co-administração e sobretudo no que respeita aos crimes omissivos próprios e impróprios. Se a administração é exercida conjuntamente por administradores de facto e de direito, a quem incumbe o dever de praticar os actos impostos à sociedade ou de praticar os actos necessários para impedir que da actividade social resulte a produção de um dano? Entendemos que também nesta hipótese não há que se distinguir.

Relativamente ao administrador de direito, não há alteração alguma; ele é responsável porque é ele que permite a ingerência na administração do administrador de um sujeito que não tem a categorial formal de administrador e inclusivamente coopera com ele.

A existência de um administrador de facto não afasta os deveres do administrador de direito.

No que respeita ao administrador de facto, se ele tem uma posição que permite efectivamente qualificá-lo como administrador, ou seja, se efectivamente exerce poderes correspondentes ao do administrador de direito, então tudo se passa como se fosse administrador de direito. Se, porém, simplesmente promove, convence, ou influencia os administradores de direito, mas não participa efectivamente na administração, não poderá nunca responder pela omissão, mas tão-só como instigador ou cúmplice, mas agora simplesmente porque não co-administra, não é administrador.” (SILVA, 2009, p. 403-404).

<sup>404</sup> “O ter em conta o exercício efectivo das funções do administrador na ausência de requisitos mínimos de legitimação da função sob o plano civilístico equivale a recorrer à analogia *in malam partem* não consentida relativamente a normas incriminadoras? Temos por certo que não.

No caso do denominado administrador de facto e na perspectiva que ora nos interessa, o intérprete não é chamado a qualquer juízo de integração, simplesmente deve clarificar se a expressão <<age voluntariamente como titular de um órgão>> pode compreender ainda o caso de quem pratica efectivamente actos em nome da sociedade embora o acto fonte dos respectivos poderes não seja perfeito ou nem sequer exista segundo o direito privado.” (*Idem*, p. 315-316).

sobre cada uma das funções, qualquer pessoa pode exercer essas mesmas atribuições sem que a ausência de formalidade deixe descaracterizada a verdadeira natureza do seu exercício.

Os requisitos para ser administrador são apenas aqueles que demandam cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios<sup>405</sup>, além de não estar impedido legalmente<sup>406</sup>. A irregularidade do exercício da função de empresário não impede a análise sobre o exclusivo domínio do fato.

Assim, se em um contrato social de uma sociedade empresarial constar o nome de A como administrador e se demonstrar que, de fato, era B quem a administrava, além de possível configuração de delito de uso de documento falso, cometerá o delito empresarial aquele que efetivamente exerce os poderes de mando na empresa.

Não se pode esperar a mesma conclusão sobre os cargos ou as funções que exigem uma regulamentação formal mais acentuada. Se um servidor público deixa-se orientar por alguém que lhe tenha controle, não se poderá dizer que este era quem ocupava o cargo de fato, em termos jurídicos.

Um cenário é o tipo penal demandar uma qualificadora especial, como é o caso de servidores públicos ou de cargos específicos de instituições financeiras que são reguladas pelo Banco Central. Nessas condições, poderá ocorrer a atipicidade ou a atipicidade relativa,<sup>407</sup> pois o poder de fato não afasta a legitimidade dos atos formais.

Assim, para fins penais, é indiferente se o administrador conste efetivamente no contrato social ou se preenche os requisitos formais elaborados pelo próprio contrato social ou pelo próprio estatuto. A situação somente é diversa para cargos que dependam de nomeação ou autorização governamental, ou seja, que dependam de uma maior formalização. Significa que, se o agente não obtém essa formalidade, como a posse em cargo público, não poderá ser

---

<sup>405</sup> Artigo 1.011 do Código Civil:

“O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.”

<sup>406</sup> Artigo 1.011, § 1º, do Código Civil:

“Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.”

<sup>407</sup> “Há de se observar, contudo, que o tipo penal pode exigir uma qualificadora especial, como é a hipótese do servidor público. Nesse caso, pode existir uma atipicidade relativa, ou, caso não exista previsão de tipo penal para o fato cometido, a própria atipicidade.

Quando se alude à possível aplicação da figura do administrador de facto e se realiza o estudo desta instituição, na maioria das ocasiões esquece-se que, com independência de conteúdo que se atribua ao referido conceito, pode suceder que a descrição distintas condutas típicas venha a limitar o âmbito de sujeitos que, podendo considerar-se num plano genérico como administradores de facto, não possam ser sujeitos activos idóneos de algum crime concreto.” (SILVA, 2009, p. 317).

sujeito ativo do delito especial, salvo se atuar em conluio com alguém que possua essa qualidade.

### 3.1.4.2 A atuação em nome de outrem

Uma das variantes dos delitos especiais é fazer surgir a “atuação em nome de outrem”.

A atuação em nome de outrem, na órbita penal, tem como fundamento da imputação a representação, tendo em vista que a representação converte o representante no destinatário das normas penais.<sup>408</sup>

Da atuação em nome de outrem podem surgir dois contextos. O primeiro deles é que a responsabilidade pela guarda do bem jurídico adviria da pessoa jurídica ou de algum órgão dela pertencente.<sup>409</sup> O segundo contexto é que a proteção do bem jurídico pudesse estar conferida a um agente com qualidade distinta.<sup>410</sup> A discussão a respeito da primeira hipótese deve ser desde logo descartada,<sup>411</sup> pois o ordenamento jurídico nacional sempre se refere,

<sup>408</sup> “Como refere Teresa Serra, a doutrina dominante, baseada na teoria da representação, entende por elementos pessoais <<aqueles elementos que, na medida em que não consubstanciam características eminentemente pessoais do autor, podem ser transferidos para o representante>>. O fundamento (e critério) da imputação é a representação, na medida em que ela converte o representante no destinatário das normas especiais que visam o representado. Esta autora afasta-se, no entanto, desta teoria (dominante), para sublinhar a importância do bem jurídico-penal, e da concreta relação que com ele mantém o representante, na legitimidade e fundamentação do alargamento da autoria realizada pela cláusula da actuação em nome de outrem: os elementos pessoais a que se refere a cláusula consistem, na sua perspectiva, naquelas características que permitem ao representante aceder ao exercício da função social ou institucional do autor, colocando-se o representante em idêntica relação material com o bem jurídico. Deste modo, a responsabilidade do representante assenta não na relação de representação mas em fundamentos que nele concorrem, material e pessoalmente expressos na relação de proximidade e influência, no exercício das suas funções, sobre o bem jurídico-penal protegido.” (SOUSA, 2009, p. 1.024).

<sup>409</sup> “A finalidade político-criminal do *atuar em nome de outrem* é cobrir os vazios de punibilidade que se apresentam nos delitos especiais quando o crime for cometido pelo administrador e o elemento especial da autoria recair sobre a pessoa jurídica (sociedade empresária).” (BARROS, 2016, p. 211).

<sup>410</sup> “Desta forma, do ponto de vista subjetivo a norma tem em vista a punição de pessoas - os titulares de um órgão de pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, assim como os representantes legais ou voluntários de outrem - excluídas à partida pelo teor literal da norma especial incriminadora, na medida em que não dispõem da qualidade típica ou não realizam o facto criminoso no seu próprio interesse. Por esta razão se tem entendido que o artigo 12º do Código Penal <<regula pois, e só, a questão de saber sob que pressupostos deve um agente ser tratado *como se* efectivamente se verificassem nele certas características especiais exigidas ou pressupostas pelo tipo e que, na realidade, nele se não dão: por isso se devendo afirmar que nele se prevê a *extensão* da punibilidade de certos tipos legais de crime.” (SOUSA, *Op. cit.*, p. 1.023).

<sup>411</sup> “Diante deste quadro, cinco posturas podem ser tomadas para uma solução. A primeira é considerar estes tipos penais inaplicáveis, uma vez que quem detém as qualidades especiais exigidas é a pessoa jurídica empresária que, por sua vez, não pode cometer o delito. Assim, não havendo norma de extensão capaz, a ninguém se poderia impor responsabilidade. Uma segunda solução seria seguir ignorando o problema e seguir aplicando estes dispositivos por meio de arremedos interpretativos quanto ao sujeito ativo. A terceira possibilidade seria buscar uma solução *de lege lata* no art. 30 do CPB (comunicabilidade das circunstâncias e condições de carácter pessoal elementares do tipo). Contudo, tal dispositivo regula a comunicabilidade entre pessoas, na forma que o Título onde está inserido dispõe: “Do concurso de pessoas”. A quarta possibilidade é, *de lege ferenda*, incluir uma norma geral, na Parte Geral do CPB, de imputação que possibilite a transmissão da qualidade da pessoa jurídica para a pessoa física que representa. Por fim, uma quinta possibilidade, tal como ocorre no Brasil, é haver regras específicas na legislação esparsa.” (BARROS, *Op. cit.*, p. 209).

quando prevê delitos, a condutas que possam ser praticadas por pessoas físicas. A legislação ambiental brasileira prevê também a possibilidade de a pessoa jurídica praticar delitos sem que isso afete a plena identificação dos tipos penais em conformidade com a conduta humana.

Não há lógica supor que a sonegação do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica ou que a colocação de um produto na prateleira não possa ser praticada por uma pessoa física. Pensar o contrário é supor que o legislador, reiteradamente, elaborasse leis inócuas, tudo em razão da falta de um simples dispositivo que relacionasse a empresa à conduta de uma pessoa. Essa não é a melhor interpretação do princípio da legalidade.

A outra hipótese, esta sim com alguma relevância, diz respeito ao representante que não possui a mesma qualificadora que possui o representado. Para essa hipótese, mostra-se interessante analisar a norma de extensão, existente em outros países<sup>412</sup>, mas ausente na legislação nacional.

Na legislação portuguesa, encontra-se o artigo 12 do Código Penal que menciona a atuação em nome de outrem. Com esse dispositivo, aquele que age, voluntariamente, como titular de um órgão de uma pessoa jurídica, sociedade ou mera associação de fato, será responsável mesmo quando o respectivo crime exigir que determinados elementos pessoais só se verifiquem na pessoa do representado ou que pratique o fato no seu próprio interesse e o representante atue no interesse do representado.<sup>413</sup>

É conveniente registrar que a atuação em nome de outrem é situação diversa do concurso de agentes. Ao analisar o artigo 12 do Código Penal português, Susana Aires de Sousa explica que a aplicação do referido tipo penal é autônoma em relação ao artigo 28 da legislação portuguesa<sup>414</sup>; este sim propício ao concurso de agentes. Referem-se a quadros

---

<sup>412</sup> “Todos os países estudados lançam mão de estabelecer uma *norma de extensão* na Parte Geral de seus respectivos códigos, p. ex., Código Penal português (art. 12); Código Penal espanhol (art. 31); Código Penal alemão (§14); Código Penal boliviano.” (Idem, p. 209-210).

<sup>413</sup> Artigo 12º do Código Penal português

“1 - É punível quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respectivo tipo de crime exigir:

a) Determinados elementos pessoais e estes só se verificarem na pessoa do representado; ou

b) Que o agente pratique o facto no seu próprio interesse e o representante actue no interesse do representado.

2 - A ineficácia do acto que serve de fundamento à representação não impede a aplicação do disposto no número anterior.”

<sup>414</sup> Artigo 28 do Código Penal português:

“Ilicitude na comparticipação.

1 - Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os comparticipantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora.

2 - Sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum dos comparticipantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não intervisse.”

problemáticos distintos.<sup>415</sup> A atuação em nome de outrem não é sinônimo de conluio entre representante e representado. Na hipótese de haver convergência de vontades, surge o concurso.

Na Espanha, o atual Código Penal é a Lei Orgânica nº 10/1995 e a previsão sobre as pessoas que atuam representando outrem foi lembrada naquele diploma legislativo. No artigo 31 do Código Penal espanhol há referência ao administrador, tanto de fato, como de direito. Diz o mencionado dispositivo que o administrador será pessoalmente responsável, embora nele não concorram as condições, as qualidades ou as relações correspondentes da figura do delito requeridas para ser sujeito ativo.<sup>416</sup>

Na Alemanha, o Código Penal de 1871, alterado em 1998, também prevê a atuação em nome de outra pessoa<sup>417</sup> e as características especiais de outras pessoas<sup>418</sup>.

Dispositivos semelhantes não se encontram na legislação brasileira e não se pode passar as qualidades especiais ao representante, ainda que este assumo o domínio do fato.

---

<sup>415</sup> “Por fim, nesta breve e fragmentada análise do preceito materializado no artigo 12º do Código Penal, deve sublinhar-se a sua autonomia perante o disposto no artigo 28º do CP. As normas referidas não se confundem nem na sua função nem no seu alcance normativo. Trata-se, com efeito, de preceitos autônomos e referentes a quadros problemáticos distintos. O artigo 28º, como se analisará no ponto seguinte, tem o seu âmbito de aplicação pautado às situações de comparticipação, ou seja, de pluralidade de agentes na execução criminosa.” (SOUSA, 2009, p. 1.026).

<sup>416</sup> Artigo 31 do Código Penal espanhol:

“1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

<sup>417</sup> § 14 do Código Penal alemão:

“Actuar por otra persona

“(1) Alguien actúa

1. como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de tales órganos

2. como socio con poder de representación de una sociedad comercial de personas; o,

3. como representante legal de otro, así una ley fundamenta la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (características especiales personales), también se debe aplicar al representante aún cuando esas características no las tenga él pero si existen en el representado.

(2) Si alguien es autorizado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado para ello

1. encargado de dirigir totalmente o parcialmente la empresa; o,

2. expresamente encargado a salvaguardar bajo su propia responsabilidad, tareas que le corresponden al propietario de la empresa, y actúa el con fundamento en ese encargo, entonces la ley es la que fundamenta la punibilidad de acuerdo con las características especiales personales.

Esto también se aplica al encargado, aún cuando esas características no las tenga él, pero si existen en el propietario de la empresa. 2 Al establecimiento en el sentido de la primera frase se debe equiparar la empresa. Si alguien actúa con base en un encargo correspondiente para una entidad que salvaguarda tareas de la administración pública, entonces se debe aplicar mutatis mutandis la primera frase.

(3) Los incisos 1 y 2 también son aplicables cuando el hecho jurídico en que se debía fundamentar el derecho de representación o la relación de mandato es ineficaz.”

<sup>418</sup> § 28 do Código Penal alemão

“Características personales especiales

(1) Si faltan características especiales personales (§ 14, inciso 1) en el partícipe (Instigador o cómplice),

que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el § 49, inciso 1.

(2) Si la ley determina que características personales especiales agraven la pena, la disminuyan o la excluyan, entonces esto solo rige para los partícipes (autor o partícipe), en quien concurren.”

Caso atue independentemente da atuação do sujeito detentor da qualidade especial, o ato será atípico ou incidirá em outro dispositivo penal.

Na apropriação indébita prevista no artigo 5º da Lei nº 7.492/1986<sup>419</sup>, caso um funcionário de um banco deixe de ocupar o cargo de gerente e passe a ter apenas o cargo de escriturário, o funcionário deixará de ter a qualificadora prevista no artigo 25 da mesma lei. Não responderá por crime contra o sistema financeiro nacional, conquanto venha a manter a senha para operações privativas de gerente por qualquer falha na segurança bancária. Caso venha a se apropriar de quantias em custódia na instituição, poderá responder, dependendo das circunstâncias específicas do evento, por apropriação indébita ou por furto.

### **3.2 O posicionamento da jurisprudência nacional sobre o concurso de agentes no âmbito da criminalidade empresarial**

No âmbito dos Tribunais, a teoria do domínio do fato sempre teve boa acolhida, não somente em território nacional. A teoria roxiniana foi aplicada na Argentina (Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais da Capital Argentina)<sup>420421</sup>, no Peru<sup>422</sup>, e é a

<sup>419</sup> Artigo 5º da Lei nº 7.492/1986:

“Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:  
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

<sup>420</sup> Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola e Armando Lambruschini foram acusados de terem ordenado a prática de crimes de sequestro, tortura e homicídio através do aparato estatal contra adversários na luta em oposição à subversão. O cometimento de tais fatos delitivos se iniciou antes mesmo de deflagrado o golpe contrarrevolucionário de Estado de 1976, no contexto de violência e repressão militar que marcava o governo de Isabel Perón, haja vista o intenso embate entre as forças de esquerda e de direita. Finalmente, em 24 de março daquele ano, a Junta Militar, composta pelos comandantes-em-chefe das três Forças Armadas, se apoderou do aparato de poder estatal, domínio este que perdurou até 1983. Cf. DUTRA, 2012, p. 101-104.

<sup>421</sup> A Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais de Buenos Aires acolheu o pedido ministerial de aplicação da teoria do domínio da organização no caso nº 13/84. No entanto, a decisão foi reformada pela Corte Suprema Argentina a nova formulação do penalista alemão não seria suficientemente concreta, ofenderia o princípio da responsabilidade em razão de abarcar na autoria mediata a figura do autor atrás do autor, além de extrapolar os limites do art. 45 do Código Penal argentino ao estender o conceito de autoria sem embasamento legal. Assim, foi aplicada a teoria-formal objetiva e os ex-Comandantes das Armadas foram condenados como cúmplices. Cf. DUTRA, *Op. cit.*, p. 101-104.

<sup>422</sup> Sentença contra Alberto Fujimori, Corte Suprema do Peru, Primeira Sala Penal Transitória. Sentença de 30 de dezembro de 2009, disponível em [www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio) 720 e seguintes. No processo contra Fujimori se tratou de atos de um comando militar especial denominado “Grupo Colina”, o qual era composto por 38 integrantes. O Grupo Colina se integrava ao Serviço de Inteligência do Exército (SIE) que, por sua vez, encontrava subordinado à Direção de Inteligência do Exército (DINTE), a qual estava igualmente sujeita à Chefia do Estado Maior do Exército (JEMGE) que era parte do Comando Conjunto das Forças Armadas. A DINTE informava ao Serviço de Inteligência Nacional (SIN), o qual, como parte do Sistema de Inteligência Nacional (SINA), coordenava todas as atividades de inteligência e estava dirigido por Vladimiro Montesinos, assessor de Fujimori e pessoa estreitamente vinculada a ele. Sob a direção do SIN, o SIE proporcionou apoio logístico a Colina para a realização das operações especiais, enquanto que o DINTE foi o responsável pelos planos operativos e do financiamento da Colina. (Traduzido e extraído do artigo de Kai

teoria que vem sendo utilizada pelo Tribunal Penal Internacional<sup>423</sup>. Com relação especificamente aos crimes empresariais, o Superior Tribunal Federal Alemão (BGH), ao julgar o caso dos atiradores do muro de Berlim, além de se utilizar do domínio da organização para afirmar uma conduta como autoria<sup>424</sup>, também afirmou, em *obiter dictum*, que esse critério de distinção também poderia ser utilizado para os crimes empresariais.<sup>425</sup>

Perfilhando a jurisprudência brasileira, denota-se que a teoria do domínio do fato vem sendo aplicada há quase duas décadas às ações que envolvem crimes empresariais. Em pesquisa realizada, foi possível colher número razoável de julgados para demonstrar essa afirmação<sup>426</sup>.

Não obstante essa assertiva, verifica-se que não há uniformidade quanto ao entendimento da própria teoria, conforme será visto adiante.

Ambos “Sobre la “organización” en el dominio de la organización”). Disponível em:

<<http://www.indret.com/pdf/839.pdf>> Acesso em: 3 jan. 2017.

<sup>423</sup> Decisão Katanga, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, de 30 de setembro de 2008. p. 512 e seguintes. No processo da Corte Penal Internacional contra os líderes milicianos Katanga e Ngudjolo Chui, se aborda a imputação de crimes contra a humanidade e crimes de guerra que foram cometidos em fevereiro de 2003, em um ataque conjunto de ambos grupos milicianos por membros dos agrupamentos liderados por ditos processados, de onde a estrutura de mando de ambos os grupos estava estritamente dividida (pelo pertencimento étnico distinto de seus membros). (Traduzido e extraído do artigo de Kai Ambos “Sobre la “organización” en el dominio de la organización”). Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/839.pdf>> Acesso em: 3 jan 2017.

<sup>424</sup> O acórdão prolatado em 26/07/1994, o BGH, pela sua 5ª Turma, utilizou a teoria do domínio da organização como fundamento jurídico para a condenação de três membros do Conselho Nacional de Defesa da extinta República Democrática da Alemanha como autores mediatos do homicídio de sete cidadãos que tentavam fugir do país para a República Federal da Alemanha entre os anos de 1971 e 1989. Considerando que aqueles três superiores hierárquicos, Heinz Kessler, Fritz Streletz e Hans Albrecht, eram dirigentes da estrutura organizada de poder de funcionamento automático, e por meio desta ordenaram que os atiradores situados sobre o Muro de Berlim matassem os fugitivos da RDA, a teoria roxiniana foi invocada como *ratio decidendi* para a sua condenação, sem prejuízo da responsabilidade penal dos guardas da fronteira<sup>324</sup>. Por conseguinte, o caso das mortes no Muro de Berlim foi paradigmático para a efetiva consagração da teoria do domínio da organização como modalidade de autoria mediata pelo Superior Tribunal Federal Alemão. Cf. DUTRA, 2012, p. 108-114.

<sup>425</sup> “No entanto, na primeira vez em que o Bundesgerichtshof empregou a teoria, ele também, em forma de *obiter dictum*, afirmou considera-la aplicável a organizações empresariais. A decisão, que apenas anunciou, mas não fundamentou a extensão da aplicabilidade da teoria às estruturas empresariais, ensejou um intenso debate na doutrina.” (GRECO; ASSIS, 2014, p. 101).

<sup>426</sup> A pesquisa foi realizada entre os dias 1.11.2016 e 30.1.2017. Para a realização da pesquisa foram utilizados alguns critérios que devem ser esclarecidos. A pesquisa foi realizada no portal eletrônico da Justiça Federal, selecionando os campos STF, STJ e todos os TRFs. Restringiu-se a análise de casos que pudessem ter relação com o Direito Penal Empresarial. Não foram levadas em consideração análises de *Habeas Corpus* que apenas mencionavam o nome da teoria e afirmavam a inadequação da via eleita pelo impetrante. Utilizou-se como critério de pesquisa as palavras-chave “domínio do fato”, “domínio da organização”, “domínio funcional do fato” e “domínio final da ação” em consultas distintas. Por fim, é necessário salientar que é possível existirem falhas nas pesquisas, porquanto nem sempre é possível distinguir se a menção à teoria do domínio do fato ou menção ao domínio do fato se refere aos dados empíricos para se imputar a responsabilidade penal ou a distinção entre autoria e participação.

### 3.2.1 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

O julgado que teve maior destaque no cenário jurídico sobre a teoria foi a Ação Penal nº 470, um dos exemplos citados no capítulo I.

Quanto a esse julgado, há de se destacar que, ante a complexidade dos fatos envolvidos, a análise da denúncia foi dividida em 3 (*três*) núcleos principais. Um político, que seria chefiado por um ex-Ministro da Casa Civil da Presidência da República e integrado por três dirigentes do partido político que comandava o Governo Federal. Um segundo núcleo, chamado de operacional, composto por diretores e funcionários de agências de publicidade que mantinham contratos com o Governo Federal. Por fim, o terceiro que era o chamado núcleo financeiro, integrado por três dirigentes diretores e por funcionários de uma instituição financeira que teriam mantido contratos de empréstimos fraudulentos com o partido político, com o fim de repassar valores que serviriam à compra de apoio político ao Governo Federal no Congresso.

A respeito especificamente da “teoria do domínio do fato” debateu-se muito sobre o concurso de agentes durante o julgamento. É possível falar de forma genérica que a Suprema Corte adotou a referida teoria, mas não significa que há pensamento uniforme sobre o assunto em virtude do posicionamento de cada integrante da Corte.

Ao tempo em que foi ventilada, em alguns votos, a importância da aplicação da teoria, o certo é que a questão da responsabilidade ou não de cada acusado foi verificada sob o ângulo da existência de um real domínio do fato (*provas*), o que não se confunde necessariamente com a teoria que leva o mesmo nome.

Dos votos dos Ministros<sup>427</sup>, pode-se começar a mencionar o proferido pelo relator. O **Ministro Joaquim Barbosa**, ao analisar o núcleo financeiro, mencionou sobre a divisão de tarefas e que caberia a cada coautor realizar determinadas funções, não sendo necessário que cada um praticasse todos os atos fraudulentos da gestão temerária.<sup>428</sup> Essa modalidade de

---

<sup>427</sup> Material recebido pelo Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza a respeito da análise dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 470.

<sup>428</sup> Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Penal nº 470: “Outra tese geral da defesa é a negativa de autoria, sustentada pela afirmação de que não haveria prova contra os réus, sobretudo quanto à prática de todos os atos fraudulentos que a denúncia atribui a eles. Nessa linha, qualificam a acusação como tentativa de imputação de responsabilidade penal objetiva. Os autos, no entanto, demonstram o contrário, conforme já fartamente demonstrado, e mais adiante ainda mais reforçado.

Com efeito, é preciso lembrar, em primeiro lugar, que o crime foi praticado em concurso de pessoas, numa atuação orquestrada, com unidade de desígnios e divisão de tarefas típica dos membros de um grupo criminoso organizado. Nesse contexto, não é necessário, para a configuração da co-autoria delitiva, que cada um dos réus tenha praticado todos os atos fraudulentos que caracterizam a gestão fraudulenta, uma vez que, pela divisão de

concurso de agentes diz respeito ao domínio funcional do fato, mas pode se levar à discussão a respeito do momento da execução do delito. Para Claus Roxin, é necessário que a contribuição dos participantes ocorra no momento da execução.

Com relação ao núcleo político, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou expressamente que um parlamentar possuía o domínio funcional do fato quando fazia a negociação para fornecer apoio aos projetos do Governo.<sup>429</sup> Forma de pensar semelhante ocorreu quando julgou crime de lavagem de dinheiro, mencionando que alguns réus possuiriam o controle final da ação.<sup>430</sup>

Em outra oportunidade, quando da análise da corrupção passiva, o Ministro absolveu um dos acusados por mencionar que, além de não possuir o poder de mando nem o controle final da atividade criminosa, seria necessário que o órgão acusatório comprovasse a relevância do auxílio material.<sup>431</sup>

tarefas, cabe a cada co-autor determinadas funções, de cuja execução dependia o sucesso da empreitada criminosa.

Pois bem. Dentro desse contexto de divisão de tarefas, como é próprio dos crimes praticados em concurso de pessoas, o acervo probatório revela a intensa atuação de todos os acusados, em diferentes etapas do delito de gestão fraudulenta.” (folhas 54.178 e 54.179).

<sup>429</sup> Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Penal nº 470: “Assim, os parlamentares mencionados na declaração acima foram os responsáveis, do Partido Progressista, por solicitar recursos em troca do apoio. O dinheiro passou a ser-lhes transferido pelo Partido dos Trabalhadores depois da reorientação da bancada do Partido Progressista, promovida pelo réu PEDRO HENRY. Saliente-se que, no início da nova legislatura, o Partido Progressista, mediante orientação do réu, fazia oposição ao Governo.

Esse papel de líder do partido, exercido por PEDRO HENRY na Câmara dos Deputados, foi fundamental na divisão de tarefas estabelecida para a prática criminosa.

A negociação de recursos pelo acusado PEDRO HENRY, e sua concomitante atuação favorável ao governo a partir de meados de 2003, demonstra a influência que os pagamentos tiveram na prática de atos de ofício pelos acusados.

Assim, o réu PEDRO HENRY detinha, também, o domínio funcional dos fatos, executando, na divisão das tarefas criminosas, o cumprimento do acordo com o Governo e orientando sua bancada parlamentar no sentido pretendido pelo Partido dos Trabalhadores, garantindo, assim, o recebimento do dinheiro.” (folhas 55.126 e 55.127).

<sup>430</sup> Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Penal nº 470: “Assim, o esquema de lavagem de dinheiro utilizado pelos acusados PEDRO HENRY, PEDRO CORRÊA e JOSÉ JANENE (falecido), está materializado nos autos, tendo os parlamentares se servido dos serviços criminosos oferecidos pela estrutura empresarial de MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, em conluio com a diretoria do Banco Rural, nos dias 17.09.2003 (300 mil), 24.09.2003 (300 mil), 7.10.2003 (R\$ 100 mil), 13.01.2004 (200 mil) e 20.01.2004 (200 mil); totalizando R\$ 1.100.000,00 (um milhão de reais), recebidos em espécie pelo acusado JOÃO CLÁUDIO GENU, em nome dos réus que detinham o controle final da ação: JOSÉ JANENE, que estabelecia a maior parte dos contatos com DELÚBIO SOARES; PEDRO CORRÊA, que determinava, juntamente com JOSÉ JANENE, que o réu JOÃO CLÁUDIO GENU fosse receber os recursos; e PEDRO HENRY, que solicitou dinheiro ao Partido dos Trabalhadores e utilizava-se da sua função de líder parlamentar do PL para dar cumprimento ao acordo que deu origem aos repasses.” (folha 55.136).

<sup>431</sup> Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Penal nº 470: “Por fim, a denúncia imputou o crime de formação de quadrilha aos réus VALDEMAR COSTA NETO, JACINTO LAMAS, ANTÔNIO LAMAS, LÚCIO FUNARO e JOSÉ CARLOS BATISTA.

Quanto ao acusado ANTÔNIO LAMAS, a ação penal não trouxe elementos que comprovassem os indícios de que o acusado poderia ter participado da quadrilha. Comprovou-se, apenas, que o réu dirigiu-se ao Banco Rural, em uma única oportunidade, para receber recursos a pedido do acusado VALDEMAR COSTA NETO. Em se tratando de um acusado que não detinha poder de mando nem de controle final da atividade criminosa, seria

Quando da análise do pagamento a parlamentares da base aliada, o Ministro afirmou que um dos réus possuía o domínio final dos fatos e que possuía proeminência em relação aos demais.<sup>432</sup>

Sobre o voto do **Ministro Carlos Ayres Britto**, quanto ao núcleo político, foi mencionado que um dos denunciados possuía o controle finalístico sobre a ação dos denunciados integrantes dos núcleos financeiros e publicitário, falando também, em outras palavras, sobre o domínio intelectual das ações dos demais acusados.<sup>433434</sup> Quando do decreto condenatório, explicou que não seria imprescindível a aplicação da “teoria do domínio do fato”.<sup>435</sup> O Ministro também mencionou sobre o funcionamento de um aparato organizado de

necessário comprovar a relevância do auxílio material por ele prestado na prática delitiva engendrada e executada pelos demais réus, o que não ocorreu.

Assim, por não haver elementos sólidos de que o acusado tivesse conhecimento dos crimes, impõe-se sua absolvição.” (folhas 55.228 e 55.229)

<sup>432</sup> Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Penal nº 470: “As provas revelam que JOSÉ DIRCEU exerceu o controle e organização dos atos executórios, dos quais também se ocupou, em especial através da negociação dos recursos empregados e das reuniões com líderes, parlamentares, vice-líderes e dirigentes partidários, escolhidos para o recebimento da vantagem indevida.” (folha 56.265)

Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Penal nº 470: “Diante de todo esse quadro composto por fatos concretos, comprovados, envolvendo reuniões com os principais articuladores dos pagamentos realizados a parlamentares, cujos votos eram negociados pelo acusado JOSÉ DIRCEU, considero haver uma comunhão de provas no sentido de que JOSÉ DIRCEU era a figura de maior relevo neste organizado grupo criminoso, voltado à prática dos delitos agora em julgamento.” (folha 56.279).

Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na Ação Penal nº 470: “A meu sentir, está comprovado que o acusado JOSÉ DIRCEU controlava os destinos da empreitada criminosa, especialmente mediante seus braços executores mais diretos, senhores MARCOS VALÉRIO e DELÚBIO SOARES, com a colaboração do denominado “núcleo financeiro”. JOSÉ DIRCEU detinha o domínio final dos fatos.

Em razão do cargo elevadíssimo que exercia à época dos fatos, o acusado JOSÉ DIRCEU atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, executando os atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nítida definição.” (folha 56.288).

<sup>433</sup> Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na Ação Penal nº 470: “Acresce que não há dúvidas razoáveis de que José Dirceu concorreu (e tinha pleno conhecimento) para os delitos impulsionados pelos agentes do núcleo político. Na verdade, a meu aviso, este primeiro denunciado detinha o controle finalístico sobre a ação dos denunciados integrantes dos núcleos financeiro e publicitário. Com efeito, o que se tem dos autos é que o denunciado José Dirceu tinha mesmo o domínio intelectual das ações dos demais acusados, naquilo em que dirigidas para o levantamento de numerário para o pagamento de dívidas e de “mesadas” a parlamentares da base aliada.” (folha 56.183).

Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres na Ação Penal nº 470: “A meu sentir, está comprovado que o acusado JOSÉ DIRCEU controlava os destinos da empreitada criminosa, especialmente mediante seus braços executores mais diretos, senhores MARCOS VALÉRIO e DELÚBIO SOARES, com a colaboração do denominado “núcleo financeiro”. JOSÉ DIRCEU detinha o domínio final dos fatos. Em razão do cargo elevadíssimo que exercia à época dos fatos, o acusado JOSÉ DIRCEU atuava em reuniões fechadas, jantares, encontros secretos, executando os atos de comando, direção, controle e garantia do sucesso do esquema criminoso, executado mediante divisão de tarefas em que as funções de cada corréu encontrava nítida definição.” (folha 56.288).

<sup>434</sup> Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na Ação Penal nº 470: “O núcleo político tachado pelo Ministério Público como intelectual ou mentor da empreitada criminosa, claro que, dentro dele, com gradações de protagonizações, a legitimar a aplicação da teoria do domínio do fato para responsabilizar, de modo pessoal, porém graduado, os respectivos agentes.” (folha 56.829).

<sup>435</sup> Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na Ação Penal nº 470: “Eu tenho, aqui, um texto de Wellington César Lima e Silva, que é um jovem penalista e Procurador-Geral de Justiça da Bahia, sobre o Domínio do Fato ou Domínio Funcional do Fato, que deixa bem claro que é impossível, na investigação criminal, nesse tipo de criminalidade macro, completamente emparceirada, deixar de perguntar: Quem era o

poder mediante a utilização de uma estrutura partidária e de governo para a prática de delitos.<sup>436</sup> Por fim, mais dois destaques podem ser lembrados, como a utilização da teoria para compartimentalizar a conduta de cada acusado<sup>437</sup> e que a referida teoria poderia ser utilizada para os crimes do colarinho branco<sup>438</sup>.

O **Ministro Gilmar Mendes** salientou que a teoria em questão não constituiria em retórica argumentativa para abarcar situações carentes de prova ou justificativa para esticar o conceito de autoria. Sobretudo, disse que, à luz do artigo 29 do Código Penal, não seriam necessárias grandes construções teóricas.<sup>439</sup>

inspirador? Quem era o garante? Quem era o fiador desse verdadeiro esquema? E quem, se saísse do esquema, levaria ao desmoronamento dele? Porque, no fundo, estamos procurando qualificar protagonizações e papéis de protagonista e papéis de coadjuvante. Quem exercia papel de centralidade? Quem exercia papel de lateralidade? E me parece que os autos dão a devida resposta. A prova é robusta nesse sentido da condenação.” (folhas 56.843 e 56.844).

Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na Ação Penal nº 470: “Então, eu não preciso sequer da Teoria do Domínio do Fato, em rigor.” (folha 56.845).

<sup>436</sup> Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na Ação Penal nº 470: “18. No mais, a teorização sobre o funcionamento dos aparatos organizados de poder dá o exato significado da seguinte afirmação de Valério: “[Delúbio afirmou que] o então **Ministro José Dirceu** e o **Secretário Sílvio Pereira** eram sabedores dessa operação de empréstimo para o Partido e em alguma eventualidade **garantiriam** o pagamento”. Nesse tipo de organização, Delúbio era o operador direto (um tarefeiro), pois assinava documentos, determinava a distribuição dos recursos financeiros, usava funcionários do PT para receber dinheiro, telefonava para Valério 2 a 3 vezes por semana. Sílvio Pereira negociava cargos de dentro da Casa Civil (o Partido no Governo). José Genoíno assinava empréstimos fraudados e viabilizava a ressonância dos acordos com os Partidos a partir da estrutura do PT. Genoíno, Delúbio e Sílvio, figuras importantes e destacadas no esquema, não eram fungíveis, porque, caso descumprissem ordens ou desertassem, outros não supririam os desobedientes, dada a relevância de suas posições na direção partidária. Outra figura indispensável e insubstituível é o capo, que, como garante, só poderia estar situado dentro do Governo (o erário como fonte dos recursos), por detrás (na mesa do escritório), não praticando atos de execução. José Dirceu fez esse papel, como figura de aglutinação pelo poder enfeixado em suas mãos.” (folha 57.816).

Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na Ação Penal nº 470: “36. No mais, fica a certeza de um esquema tão ardidamente e inteligentemente urdido, que dispensou a inicialmente aventada cooptação dos órgãos de controle (sim, dada a magnitude e quantidade dos ilícitos inferiu a PGR interferência no Banco Central, do COAF etc.). Ao final deste processo, concluo que as escolhas dos nichos estatais (Banco do Brasil) ou sob a influência de seus agentes (Visanet), com fragilidades normativas; do tipo de serviço (publicidade); dos cargos-chave no Governo e no Partido dos Trabalhadores; a cobiça de Diretores de empresas e instituições financeiras; somadas à ambição sem limites de alguns dirigentes e líderes de partidos da base aliada (pelo dinheiro e pelos próprios interesses); pôs a lume um aparato organizado de poder, onde tais estruturas (partidária e de governo) passaram a figurar como instrumentos da prática de delitos.” (folhas 57.824 e 57.825).

<sup>437</sup> Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na Ação Penal nº 470: “Nos períodos de paz também, esses aparatos organizados de poder delituoso se organizam, são chamados, no mais das vezes, de crime de colarinho branco.” (folha 56.586).

<sup>438</sup> Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Britto na Ação Penal nº 470: “Ainda na fase pré-processual, consignei que a teoria do domínio do fato, na linha de votos que antecederam a minha manifestação, permitiria a compreensão da setorização das ações dos agentes listados na denúncia e a localização do divisor de águas entre aquelas condutas próprias do cargo e aquelas ilícitas, cometidas em razão do cargo (ou com o abuso dele). E o fato é que, a meu aviso, a relevância do papel desempenhado por José Dirceu no Governo Federal (ele era o 2º homem mais poderoso do Governo) garantiria às instituições financeiras, e às agências de publicidade e propaganda participantes do esquema, que elas nunca seriam fiscalizadas (como de fato não o foram, até que o esquema fosse desvendado) e que também seriam beneficiadas (como foi o caso do BMG).” (folhas 56.181 e 56.182).

<sup>439</sup> Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na Ação Penal nº 470: “Por fim, a despeito das observações do Ministro Revisor, observo que a *teoria do domínio do fato* não constitui uma retórica argumentativa estrangeira para abarcar situações carentes de prova ou justificativa para elastecer o conceito de autoria.

O **Ministro Celso de Mello** destacou a compatibilidade da teoria do domínio do fato com a legislação brasileira. Na sua óptica, a adoção do sistema unitário não afastaria a aplicação dessa teoria.<sup>440</sup> Também fez referência expressa ao “domínio da organização”<sup>441</sup>.

O **Ministro Luiz Fux** fez considerações sobre a teoria em questão, diferenciando a autoria e a participação mediante o domínio funcional do fato.<sup>442</sup>

Em verdade, a *teoria do domínio do fato*, que atribui a autoria a “*quem detém em suas mãos o curso, o ‘se’ e o ‘como’ do fato, podendo decidir preponderantemente a seu respeito; dito mais brevemente, o que tem o poder de decisão sobre a configuração central do fato*”, “*exige sempre uma valoração que deve ser concretizada frente a cada tipo e a cada forma concreta de materializar uma conduta típica. Não pode ter fundamento em critérios puramente objetivos nem puramente subjetivos, mas abarca ambos aspectos e requer uma concretização no caso efetivamente dado*”. (Eugênio Zaffaroni, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 670).

Observo, por fim, que, diferentemente do sustentado, a *teoria do domínio do fato* não é algo novo, casuisticamente empregado. Aliás, para uma parcela da doutrina nacional, “*o legislador de 84 não se definiu explicitamente por nenhuma das posições dogmáticas relativas ao conceito de autoria e da distinção entre autoria e participação. No entanto, à medida que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação do erro de tipo, à medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente, à medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que abraçou também a teoria do domínio do fato*” (Alberto Silva Franco, *O Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 164).

Portanto, Sr. Presidente, a solução do caso não reclama grandes construções teóricas, na verdade, à luz do princípio da legalidade, a resposta está no artigo 29 do Código Penal “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*.” (folhas 56.771 e 56.772).

<sup>440</sup> Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na Ação Penal nº 470: “**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**.

Na realidade, uma teoria **não exclui** a outra, **pois** o reconhecimento de uma **ou** de outra apenas poderá influenciar no “*quantum*” **a ser definido** na operação de dosimetria penal, **nos termos** do art. 29 do CP.

**Esse entendimento**, que decorre do reconhecimento da compatibilidade, **em face** da legislação nacional, **da teoria do domínio do fato** - cuja aplicação **deve sempre reger-se segundo as premissas que informam o Direito Penal da culpabilidade** -, **reflete-se** no magistério jurisprudencial firmado, **há décadas**, pelo Poder Judiciário brasileiro (JTACrSP, LEX 92/49 - RJTJSP 37/288 - RT 514/302 – RT 375/340):” (folha 56.814).

Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na Ação Penal nº 470: “**De outro lado**, **e uma vez reconhecida a plena compatibilidade** dessa formulação teórica com o sistema constitucional **e com** a regulação normativa, **pelo Código Penal**, do concurso de pessoas, **e tendo em vista**, sobretudo, **o que venho** de acentuar **em torno** da jurisprudência **desta Corte que ampara**, **sem restrições quaisquer**, **a presunção constitucional** de inocência, **cabe repelir** a alegação, **de todo inadmissível**, de que a teoria do domínio do fato **poderia ensejar** o reconhecimento da responsabilidade penal objetiva dos réus.” (folha 56.821).

<sup>441</sup> Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na Ação Penal nº 470: “**Lapidar**, sob tal aspecto, **a autorizada lição** de DOUGLAS FISCHER (“**Requisitos de Denúncias Penais que envolvam Delitos Complexos e/ou com Autoria Delitiva**”, item n. 4, 2012), que, **ao referir-se ao tema da teoria do domínio do fato**, em coautoria, **acentua** que “**é preciso compreender a realidade das coisas para se ter como premissa importante de que, muitas vezes, pelo modo e por quem praticadas (ou por quem ordenadas as práticas delitivas), não há como descrever detalhes e minúcias sobre o nexos causal entre o autor e o fato. Mas é possível se afirmar que o fato não se realizaria sem a ação (controle) daquele que detinha o domínio dele (...)**” (grifei).

**Essa orientação é consagrada** pela doutrina **e vem evoluindo** no sentido **de reconhecer**, na discussão do tema **pertinente** ao concurso de pessoas, **a noção de domínio da organização**, **que representa umas das vertentes em que se pluraliza** a teoria do domínio do fato, **notadamente** como critério teórico, **fundado no domínio da vontade**, **que permite formular o conceito de autor mediato**, **o qual**, atuando na cúpula da organização criminosa, **comanda** a vontade do agente **incumbido** do cometimento direto da prática delituosa, **valendo destacar**, por se revelar expressivo a propósito dessa matéria, **o magistério** de PAULO AFONSO BRUM VAZ e de RANIER SOUZA MEDINA (“**Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**”, p. 55, item n. 1.4.2, 2012, Modelo)” (folha 56.822).

<sup>442</sup> Trecho do voto do Ministro Luiz Fux na Ação Penal nº 470: “**É exatamente este critério do domínio funcional do fato** que demarca a fronteira entre a **coautoria** e a **participação**: na coautoria, a natureza da contribuição deve

Em destaque do voto da **Ministra Rosa Weber**, tem-se a menção à compatibilidade da teoria do domínio do fato com o artigo 29 do Código Penal, pois o dispositivo em questão menciona “na medida de sua culpabilidade”.<sup>443</sup> Além disso, justificou que a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia que não explicitava a conduta imputada a cada réu do núcleo operacional.<sup>444</sup>

**O Ministro Ricardo Lewandowski** alegou que a maioria dos criminalistas usa a teoria do domínio do fato como um complemento para a teoria restritiva, mas esta seria a mais adotada e utilizada no Direito Penal. Seguindo a doutrina defendida por Fernando Capez, o Ministro anunciou que a teoria restritiva seria a mais correta. Dessa forma, dever-se-ia entender como conduta principal realizar o verbo definido no tipo penal.<sup>445</sup> O Ministro afirmou também que utiliza o artigo 29 do Código Penal e que, se bastasse o referido artigo, não seria necessária a *invocação dessa Teoria do Domínio do Fato ou Domínio Funcional do Fato*”<sup>446</sup>.

ser de tal sorte relevante que, sem ela, o fato punível não poderia ter sido realizado.” (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. V. 1. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007. P. 577).” (folha 54.311).

<sup>443</sup> Trecho do voto da Ministra Rosa Weber na Ação Penal nº 470: “Refleti muito sobre a teoria do domínio do fato e me sinto muito confortável, porque, com todo respeito às compreensões contrárias, acredito que, ontem, o Ministro Gilmar Mendes - se bem me recorde - ainda tenha lembrado a própria dicção do artigo 29 do Código Penal, em sua literalidade, que nos leva - e, pelo menos, como digo, na minha visão e respeitando as compreensões contrárias - a um entendimento de que é plenamente consentânea com o nosso direito posto, a teoria do domínio do fato, quando diz na literalidade, se me permite: "Art. 29. Quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas," - claro - "na medida de sua culpabilidade." O que, depois, vai se refletir na dosimetria da pena.” (folha 56.841).

<sup>444</sup> Trecho do voto da Ministra Rosa Weber na Ação Penal nº 470: “Em função ainda da teoria do domínio do fato. Pelo menos no meu voto, pela forma de julgamento segmentado, às vezes as premissas teóricas ficaram um pouco afastadas. O que aconteceu? Inúmeras defesas invocaram a inépcia da denúncia por falta de individualização das condutas. De fato, quando se tratava do núcleo político, havia nome, endereço, telefone, CPF. Havia tudo. Agora, com relação ao núcleo operacional, especificamente ao núcleo societário, não só o Banco Rural, mas ainda com relação às empresas de Marcos Valério, no que dizia respeito a Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, às vezes a denúncia não explicitava a conduta imputada a cada um. E, por isso, a teoria do domínio do fato ajudava a argumentação que declarava hígida a denúncia justamente pelo tipo do delito que estava sendo descrito naquela peça. Só esse pequeno registro, porque não enfatizei.” (folha 56.845).

<sup>445</sup> Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Penal nº 470: "A mais abalizada doutrina, porém, rejeita quaisquer experimentalismos nesta delicada área da Dogmática Jurídica, qual seja, no Direito Penal, em que estão em jogo as liberdades fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, tem-se, por exemplo, o ensinamento de Fernando Capez, segundo o qual: “A posição mais correta é a restritiva. Dentro dela, o critério formal-objetivo, ainda que padecendo de certas deficiências, é o que mais respeita o princípio da reserva legal. Com efeito, conduta principal não é aquela que o operador do direito acha que é relevante, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto. Conduta principal é aquela que o tipo elegeu para descrever como crime. Assim, a realização do verbo da conduta típica é, por opção político-criminal da sociedade, a ação considerada principal. Todas as demais, incluídas aí a autoria intelectual, a do mandante, a do instigador ou indutor, etc., por mais importantes que se revelem, são acessórias e devem, por isso, ser consideradas modalidades de participação.”” (folha 56.567).

<sup>446</sup> Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Penal nº 470: “Eu concordo plenamente, quer dizer, eu também adoto, no meu cotidiano de magistrado, o artigo 2º, que diz respeito ao conluio de pessoas que cometem determinados crimes. Mas é que, se bastasse o artigo 29, não haveria a necessidade de invocação dessa Teoria do Domínio do Fato ou Domínio Funcional do Fato.” (folha 56.841).

Dito isso, vislumbra-se, tal como pronunciado por Alaor Leite, que não há uma posição harmônica, ou unitária, do tratamento do tema pela Suprema Corte. Ao analisar os votos proferidos na Ação Penal nº 470, Alaor Leite chegou a duas conclusões. A primeira é de que a utilização da teoria, como veiculada pela Corte, não poderia servir de precedente e que a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato não foi a necessidade de distinguir autor e partícipe, mas a necessidade de fundamentar a responsabilidade penal daqueles que ocupariam a posição de comando.<sup>447</sup>

Quanto ao subterfúgio da utilização da teoria do domínio do fato, pela leitura dos votos, se chega à percepção contrária, pois, abstraindo-se a referência à teoria, os votos fazem menção a provas, mas não se pretende aqui falar sobre o acerto ou desacerto da decisão. O ponto de concordância com Alaor Leite está na vinculação do nome de Claus Roxin, teoria do domínio do fato e aplicabilidade em delitos empresariais.<sup>448</sup> Embora a Suprema Corte tenha mencionado, por várias vezes, a teoria do domínio do fato, não explicitou os argumentos pelos quais poderia ser aplicada na criminalidade econômica. Os argumentos lançados pelo jurista alemão Claus Roxin, a respeito do domínio da organização, seguem no sentido contrário. Disso resulta que seria necessário emprestar contornos diversos aos alicerces da teoria proposta ou se utilizar de balizas, descaracterizando-a, ao menos em parte.

Nesse aspecto, há razão quanto à reclamação por um maior rigor científico no tratamento do tema.

Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal pode se destacar voto do Ministro Luiz Fux na Ação Penal nº 481, momento em que defendeu a aplicação da teoria, mencionando em “domínio final dos fatos”.<sup>449</sup>

<sup>447</sup> “A longa análise da decisão da AP 470 conduziu a alguns resultados, dos quais destacam-se especialmente dois: o da (a) a impossibilidade de que se considere essa decisão como um precedente a fazer escola (II, IV); e o de que (b) a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato não foi a necessidade de fundamentar a responsabilidade daqueles que ocupam posição de comando, criando uma espécie de autoria por domínio da posição de comando, criando uma espécie de autoria por domínio da posição que nada tem a ver com a teoria do domínio do fato.” (LEITE, 2014, p. 167).

<sup>448</sup> “A razão para essa dupla face da decisão da AP 470, como já foi visto, é a utilização equivocada do termo <<domínio do fato>>. Em outras palavras, domínio do fato não é, para o STF, uma *teoria* para a distinção entre autor e partícipe no direito penal, mas uma *razão* que fundamentaria a punição de um sujeito em determinadas circunstâncias (III. 4). Se é assim que o STF pretende, a partir de agora, utilizar o termo domínio do fato, mais honesto seria que *escolhesse outro nome* - admitindo, assim, que está livremente criando o direito, e não aplicando uma teoria científica -, ou que abrisse mão de buscar apoio na ciência jurídico-penal, na medida em que essa forma de argumentar não encontra precedente em lugar algum, muito menos em Roxin, utilizado largamente como supedâneo de autoridade pelos Ministros do nosso STF. Porque o STF é, sim, livre para interpretar normas jurídicas – que não são propriedade de nenhum jurista o tribunal -, mas não é livre para tirar as conclusões que melhor lhes aprobeus de uma teoria existente.” (*Idem*, p. 156-157).

<sup>449</sup> Extraído do trecho do voto do Ministro Luiz Fux na Ação Penal nº 481, nas folhas 144 a 147 do inteiro teor do acórdão. STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2258773>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

### 3.2.2 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) podem ser destacados 3 (três) julgados.<sup>450</sup>

No primeiro caso, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou Recurso em *Habeas Corpus* em matéria relativa à sonegação fiscal<sup>451</sup>, no qual consta no voto do Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, que apesar das críticas da doutrina, a teoria do domínio do fato foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Penal nº 470. Afirmou que não poderia existir o domínio do fato sem a acusação demonstrar que os réus contribuíram, de forma consciente e voluntária, para a realização do crime. O Ministro citou a realização do crime, no caso, tanto por ação quanto por omissão<sup>452</sup>.

Em outro julgado, também a 5ª Turma decidiu um caso envolvendo crime ambiental e direito societário.<sup>453</sup> Afirmou o STJ que, apesar de não ser exigível a minúcia na descrição da conduta em crimes societários, a simples condição de sócio na pessoa jurídica beneficiada com a conduta delituosa não era suficiente para deflagrar a ação penal, repelindo, dessa forma, a responsabilidade objetiva.<sup>454</sup>

Por fim, no terceiro caso, voto do Ministro Castro Meira, na Ação Penal nº 439-MG, deixou esclarecido que a teoria do domínio do fato serviria para distinguir autoria de participação.<sup>455</sup>

<sup>450</sup> STJ - **RHC nº 65.221**, 6ª Turma, DJE 27.6.2016, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz; **RHC nº 51.564**, 5ª Turma, DJE 12.3.2015, Relator Ministro Gurgel de Faria; **Ação Penal nº 439**, Corte Especial, DJE 21.10.2013, Relator Ministro Castro Meira.

<sup>451</sup> STJ - **RHC nº 65.221**, 6ª Turma, DJE 27.6.2016, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz.

<sup>452</sup> Voto do Relator no **RHC nº 65.221**:

“A teoria do domínio do fato, por sua vez, não pode ser afastada nessa inaugural fase, máxime porque, apesar de críticas da doutrina, é reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a aplicou no célebre julgamento da Ação Penal n. 470, razão pela qual a tese deverá ser analisada pelo Juiz natural da causa. Contudo, apenas para fins de registro, não pode haver domínio do fato sem a acusação demonstrar, por meio da prova judicializada, que os réus, de forma consciente e voluntária, contribuíram para a realização do crime, por ação ou omissão, o que deverá ser objeto da instrução criminal, porquanto, com lastro mínimo nas atas e no estatuto social da empresa, a denúncia narra que, ao menos, os recorrentes podiam agir para evitar a sonegação fiscal.”

<sup>453</sup> STJ - **RHC nº 34.997**, 5ª Turma, DJE 24.4.2013, Relator Ministro Jorge Mussi.

<sup>454</sup> Trecho do voto do Relator: “Contudo, conquanto se admita que nos crimes de autoria coletiva ou societários o órgão ministerial não descreva minuciosamente a atuação de cada acusado, não há dúvidas de que a simples condição de sócio de determinada pessoa jurídica supostamente beneficiada com a conduta delituosa não é suficiente para justificar a deflagração de uma ação penal.

(...)

Com efeito, o Direito Penal pátrio repele a chamada responsabilidade penal objetiva, demandando que o titular da ação penal demonstre uma mínima relação de causa e efeito entre a conduta do acusado e os fatos narrados na denúncia, permitindo-lhe o exercício da ampla defesa e do contraditório.”

<sup>455</sup> Trecho do voto do Ministro Relator Castro Meira na Ação Penal nº 439/MG: “Nem se diga que o caso viria a encontrar solução na denominada teoria do domínio do fato, pois esta não deve ser utilizada como elemento de imputação de responsabilidade, mas apenas para distinguir entre autores e partícipes.” (fl. 11 do voto).

### 3.2.3 O posicionamento dos Tribunais Regional Federais

Embora seja rotineira a manifestação sobre a teoria do domínio do fato no âmbito da Justiça Estadual, a restrição da pesquisa aos Tribunais Federais tem por escopo atender à limitação deste trabalho. Ademais, a matéria tratada na jurisdição federal é amplamente propícia à análise de crimes empresariais.

Nessa esteira, cabe mencionar que todos os Tribunais Federais, de uma forma ou de outra, adotam a teoria do domínio do fato para a resolução de casos envolvendo delitos empresariais. Utilizam, indistintamente, as expressões “domínio do fato”<sup>456</sup>, “domínio da

<sup>456</sup> **TRF1** (Apelação Criminal nº 2004.34.00.013257-7, 4ª Turma, e-DJF1 26.10.2015, Relatora Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho; **Apelação Criminal nº 2004.36.00.000138-2**, 4ª Turma, e-DJF1 28.2.2014, Desembargador Federal Olindo Menezes; **Apelação Criminal nº 2000.01.00.136607-5**, 4ª Turma, e-DJF1 4.6.2010, Relatora Juiz Federal Klaus Kuschel; **Apelação Criminal nº 2002.35.00.010539-0**, 3ª Turma, e-DJF1 12.2.2010, Relator Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira; **Apelação Criminal nº 2001.39.00.001750-4**, Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira) **TRF2** (ACR nº 00117946920134020000, DJ 27.11.2014, Relator Desembargador Ivan Ahtié; **ACR nº 05280151120044025101**, DJ 15.12.2009, Relatora Desembargadora Liliane Roriz; **ACR nº 00215165919904025101**, DJ 22.9.2006, Relatora Maria Helena Cisne). **TRF3** (ACR nº 34.696, 1ª Turma, E-DJF3 3.2.2016, Relator Desembargador Hélio Nogueira; **ACR nº 64.613**, 11ª Turma, e-DJF3 2.2.2016, Relator Desembargador José Lunardelli; **ACR nº 51.091**, 1ª Turma, e-DJF3 1.12.2015, Relator Desembargador Hélio Nogueira; **ACR nº 55.271**, 11ª Turma, e-DJF3 14.10.2015, Relatora Desembargadora Cecília Melo; **ACR nº 49.868**, 11ª Turma, e-DJF3 29.9.2015, Relatora Desembargadora Cecília Melo; **ACR nº 51.646**, 1ª Turma, e-DJF3 14.4.2015, Relator Desembargador Luiz Stefanini; **ACR nº 60.274**, 11ª Turma, e-DJF3 12.1.2015, Relator Desembargador José Lunardelli; **ACR nº 50.739**, 2ª Turma, e-DJF3 18.12.2013, Relator Juiz Federal Leonel Ferreira; **ACR nº 38.554**, 1ª Turma, e-DJF3 6.12.2013, Relator Desembargador José Lunardelli; **HC nº 51.112**, 2ª Turma, e-DJF3 25.10.2012, Relator Desembargador Cotrim Guimarães; **ACR nº 46.437**, 5ª Turma, e-DJF3 20.9.2012, Relator Desembargadora Ramza Tartuce; **ACR nº 41.055**, 2ª Turma, e-DJF3 19.4.2012, Relator Desembargador Cotrim Guimarães; **ACR nº 36.670**, 5ª Turma, e-DJF3 17.11.2011, Relator Desembargador Ramza Tartuce; **ACR nº 16.219**, 5ª Turma, e-DJF3 7.5.2009, Relator Desembargador Baptista Pereira), **TRF4** (ACR nº 0013727920064047000, 7ª Turma, D.E. 27.8.2012, Relator Desembargador Márcio Rocha; **ACR nº 00037456320064047005**, 7ª Turma, D.E. 10.2.2012, Relator Desembargador Élcio Pinheiro de Castro; **ACR nº 200472050038126**, 8ª Turma, D.E. 27.5.2010, Relator Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz; **ACR nº 200370000406380**, 8ª Turma, D.E. 20.5.2010, Relator Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz; **ACR nº 200571160002815**, 8ª Turma, D.E. 2.12.2009, Relator Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz; **ACR nº 200671020040587**, 7ª Turma, D.E. 28.10.2009, Relator Desembargador Taddaqui Hirose; **ACR nº 200671070025636**, 8ª Turma, D.E. 21.10.2009, Relator Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz; **ACR nº 200470080008820**, 7ª Turma, D.E. 5.12.2007, Relator Desembargador Tadaaqui Hirose; **ACR nº 200170090015041**, 8ª Turma, D.E. 9.5.2007, Relator Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado; **ACR nº 200271000166146**, 8ª Turma, D.E. 25.4.2007, Relator Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado; **ACR nº 200204010356869**, 7ª Turma, D.E. 10.1.2007, Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère; **ACR nº 200171090002723**, 7ª Turma, D.E. 10.1.2007, Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère; **HC nº 200604000317411**, 7ª Turma, DJ 29.11.2006, Relator Desembargador Tadaaqui Hirose; **ACR nº 200372020002459**, 7ª Turma, DJ 29.11.2006, Relator Desembargador Tadaaqui Hirose; **ACR nº 200204010224590**, 8ª Turma, DJ 22.11.2006, Relator Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz; **HC nº 200604000226715**, 7ª Turma, DJ 27.9.2006, Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère; **ACR nº 200271050022960**, 8ª Turma, DJ 12.7.2006, Relator Juiz Federal José Paulo Baltazar Júnior; **HC nº 200504010545515**, 7ª Turma, DJ 22.2.2006, Relator Juiz Federal Artur César de Souza; **HC nº 200504010525486**, 7ª Turma, DJ 1.2.2006, Relator Desembargador Tadaaqui Hirose; **ACR nº 200404010442576**, 8ª Turma, DJ 3.8.2005, Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz; **ACR nº 200304010305090**, 7ª Turma, DJ 20.7.2005, Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère; **ACR nº 200204010155566**, 7ª Turma, DJ 6.7.2005, Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère; **HC nº 200504010207683**, 8ª Turma, DJ 29.6.2005, Relator Élcio Pinheiro de Castro; **HC nº 200504010128503**, 8ª Turma, DJ 11.5.2005, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado; **Agrvcr nº 200404010185300**, 4ª Seção, DJ

ação”<sup>457</sup>, “domínio da organização”<sup>458</sup>, “domínio funcional do fato”<sup>459</sup> e “domínio final da ação”<sup>460</sup> Não foram encontrados julgados com ementas que possuísem a expressão “domínio da vontade” na seara criminal.

3.11.2004, Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère; **ACR nº 200104010113282**, 7ª Turma, DJ 25.8.2004, Relator Desembargador José Luiz Borges Germano da Silva; **ACR nº 200272000104490**, 8ª Turma, DJ 14.7.2004, Relator Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado; **ACR nº 200104010039938**, 8ª Turma, DJ 5.5.2004, Relator Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado; **ACR nº 200204010372991**, 7ª Turma, DJ 11.2.2004, Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère; **EINACR nº 200004010766017**, 4ª Seção, DJ 8.10.2003, Relator Desembargador José Luiz Borges Germano da Silva; **ACR nº 200104010876514**, DJ 11.6.2003, Relator Desembargador José Luiz Borges Germano da Silva; **ACR nº 200204010072399**, 7ª Turma, DJ 2.4.2003, Relator Desembargador Fábio Bittencourt da Rosa; **ACR nº 200171070015621**, 7ª Turma, DJ 12.3.2003, Relator Desembargador Fábio Bittencourt da Rosa; **ACR nº 200204010067811**, 7ª Turma, DJ 26.2.2003, Relator Desembargador Fábio Bittencourt da Rosa; **ACR nº 200104010101875**, 7ª Turma, DJ 13.11.2002, Relator Desembargador Fábio Bittencourt da Rosa; **ACR nº 200204010073306**, 7ª Turma, DJ 11.9.2002, Relator Desembargador José Luiz Borges Germano; **ACR nº 200104010372895**, 8ª Turma, DJ 10.7.2002, Relator Desembargador Amir José Finocchiaro Sarti; **ACR nº 200104010578928**, DJ 19.6.2002, Relator Desembargador Vladimir Passos de Freitas; **ACR nº 200004010102875**, DJ 12.6.2002, 7ª Turma, Relator Desembargador Fábio Bittencourt da Rosa; **ACR nº 199971040027764**, DJ 15.5.2002, Relator Desembargador Vladimir Passos de Freitas; **ACR nº 199904011155937**, 7ª Turma, DJ 24.4.2002, Relator Desembargador Fábio Bittencourt da Rosa; **ACR nº 199804010945699**, 1ª Turma, DJ 9.8.200, Relator Desembargador Amir José Finocchiaro Sarti; **ACR nº 9604544560**, 1ª Turma, DJ 16.12.1998, Relator Desembargador Amir José Finocchiaro Sarti) **TRF5 (ACR nº 13.837**, 3ª Turma, DJE 17.11.2016, Relator Desembargador Cid Marconi; **ACR nº 11.485**, DJE 30.6.2016, 4ª Turma, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto; **ACR nº 10841**, 4ª Turma, DJE 23.7.2015, Relator Desembargador Lazaro Guimarães; **EDHC nº 5727/02**, 4ª Turma, DJE 30.4.2015, Relator Desembargador Ivan Lira de Carvalho; **ACR nº 11805**, 1ª Turma, DJE 2.3.2015, Relator Desembargador Bruno Leonardo Câmara Carrá; **ACR nº 10836**, DJE 5.2.2015, Relator Desembargador Lázaro Guimarães; **ACR nº 9595**, 2ª Turma, DJE 11.12.2014, Relatora Desembargadora Cíntia Menezes Brunetta; **ACR nº 9998**, 3ª Turma, DJE 6.11.2014, Relator Desembargador Geraldo Apoliano; **ACR nº 10873**, 1ª Turma, DJE 22.5.2014, Relator Desembargador Francisco Cavalcanti; **ACR nº 8586**, 3ª Turma, DJE 16.12.2013, Relator Desembargador Rubens de Mendonça Canuto; **ACR nº 10497**, DJE 7.11.2013, Relator Desembargador Francisco Cavalcanti; **ACR nº 10180**, DJE 17.10.2013, 4ª Turma, Relatora Desembargadora Margarida Cantarelli; **EIACR nº 8939/01** DJE 25.9.2013, Relator Desembargador Francisco Cavalcanti; **ACR nº 8261**, 3ª Turma, DJE 8.7.2013, Relator Desembargador Élio Wanderley de Siqueira Filho; **ACR nº 9518**, DJE 27.6.2013, Relator Desembargador Francisco Cavalcanti; **ACR nº 9378**, 1ª Turma, DJE 14.6.2013, Relator Desembargador José Maria Lucena; **ACR nº 10021**, 1ª Turma, DJE 31.5.2013, Relator Francisco Cavalcanti; **ACR nº 9892**, 4ª Turma, DJE 5.4.2013, Relatora Desembargadora Margarida Cantarelli; **ACR nº 7488**, 3ª Turma, DJE 11.1.2013, Relator Desembargador André Luís Maia Tobias Granja; **ACR nº 9059**, 1ª Turma, DJE 29.11.2012, Relator Desembargador Emiliano Zapata Leitão; **ACR nº 8707**, 1ª Turma, DJE 21.9.2012, Relator Francisco Cavalcanti; **ACR nº 6227**, 2ª Turma, DJE 3.5.2012, Relator Desembargador Fransico Wildo; **ACR nº 6065**, 3ª Turma, DJE 13.9.2011, Relator Desembargador Geraldo Apoliano; **ACR nº 7397**; 4ª Turma, DJE 28.7.2011, Relator Desembargador Frederico Dantas; **ACR nº 7684**, DJE 15.4.2011, 1ª Turma, Desembargador José Maria Lucena; **ACR nº 7113**, 4ª Turma, DJE 16.12.2010, Relator Desembargador Lázaro Guimarães; **ACR nº 6458**, 3ª Turma, DJE 20.10.2010, Relator Desembargador Leonardo Resende Martins; **INQ nº 2163**, Pleno, DJE 16.9.2010, Relator Desembargador José Maria Lucena; **ACR nº 7157**, 4ª Turma, DJE 16.9.2010, Relator Desembargador Emiliano Zapata Leitão; **ACR nº 4121**, 3ª Turma, DJE 17.11.2009, Relatora Desembargadora Amanda Lucena; **HC nº 3634**, 2ª Turma, DJ 5.8.2009, Relator Desembargador Rubens de Mendonça Canuto; **ACR nº 5481**, 4ª Turma, DJ 16.1.2009, Relatora Desembargadora Margarida Cantarelli; **EDACR nº 3721/01**, 4ª Turma, DJ 27.2.2007, Relatora Desembargadora Nilcéa Maria Barbosa Maggi).

<sup>457</sup> **TRF3 (RVC nº 139**, 1ª Seção, DJ 26.8.1997, Relator Desembargador Arice Amaral; **ACR nº 3129**, 1ª Turma, DJ 16.1.1996, Relator Juiz Federal Domingos Braune) **TRF4 (HC nº 200204010422015**, 8ª Turma, DJ 8.1.2003, Relator Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado) **TRF5 (ACR nº 11805**, 1ª Turma, DJE 2.3.2015, Relator Desembargador Bruno Câmara Carrá; **ACR nº 10873**, 1ª Turma, DJE 22.5.2014, Relator Desembargador Francisco Cavalcanti; **ACR nº 9878**, 4ª Turma, DJE 14.11.2013, Relator Desembargador Rogério Fialho Moreira; **ACR nº 9518**, 1ª Turma, DJE 27.6.2013, Relator Desembargador Francisco Cavalcanti).

O precedente mais antigo encontrado foi emanado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, julgado em 3.11.1998 (DJ 16.12.1998), que se utilizou da expressão “domínio do fato”. O assunto era a falta de recolhimento de contribuições previdenciárias. O domínio do fato, como sinônimo de responsabilidade, segundo o julgado, poderia ocorrer tanto na prática de fato delituoso como na permissão de que ela ocorresse.<sup>461</sup>

Desde então os Tribunais Federais vêm se valendo da expressão, tanto para diferenciar autoria e participação quanto para sinônimo de responsabilidade penal. Em um precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região foi afirmado que os empregados agiram sob determinação do titular da empresa, e, não possuindo o domínio do fato, não teriam responsabilidade pelo resultado criminoso.<sup>462</sup> No mesmo sentido, em caso envolvendo extração irregular de areia, foi afirmado que não seria aplicável a teoria do domínio do fato porque não existiam provas capazes de demonstrar a responsabilidade dos denunciados.<sup>463</sup>

Além disso, encontram-se alguns julgados que mencionam o domínio do fato, fundamentando a teoria em Welzel, ao mesmo tempo em que se referem à pessoa como detentora do domínio funcional do fato.<sup>464</sup>

Em outro caso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região se utilizou da expressão “domínio da organização” em delito cujo evento foi a obtenção de financiamento mediante fraude com uso de documento falso por um mandatário da empresa.<sup>465</sup>

Da leitura de acórdãos e de votos podem ser extraídas algumas conclusões.

A teoria do domínio do fato é aplicada, ou mencionada, indistintamente quando se trata de crimes comissivos ou crimes omissivos (v.g.<sup>466</sup>). O fundamento é o domínio,

<sup>458</sup> **TRF2** (ACR nº 00073662820034025001, DJ 16.7.2010, Relator Desembargador Aluísio Gonçalves de Castro Mendes) **TRF3** (ACR nº 41.614, 5ª Turma, e-DJF3 20.5.2013, Relator Desembargador Antônio Cedenho) **TRF4** (ACR nº 200170090015041, 8ª Turma, DE 9.5.2007) **TRF5** (ACR 11.805, 1ª Turma, DJE 2.3.2015, Relator Desembargador Bruno Leonardo Câmara Carrá; ACR nº 10.873, 1ª Turma, DJE 22.5.2014, Relator Desembargador Francisco Cavalcanti; ACR nº 9.518, 1ª Turma, DJE 27.6.2013, Relator Desembargador Francisco Cavalcanti)

<sup>459</sup> **TRF1** (Apelação Criminal nº 2008.38.00.030194, 3ª Turma, e-DJF1 18.11.2016, Relator Juiz Federal Klaus Kuschel) **TRF4** (ACR 200671020040587, 7ª Turma, DE 28.10.2009, Relator Desembargador Tadaaqui Hirose; HC nº 200604000317411, 7ª Turma, DJ 29.11.2006, Relator Tadaaqui Hirose; HC nº 200504010128503, 8ª Turma, DJ 11.5.2005, Relator Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado; ACR nº 200070080007572, 7ª Turma, DJ 23.3.2005, Relator Tadaaqui Hirose).

<sup>460</sup> **TRF3** (ACR nº 11.208, 1ª Turma, DJE 4.9.2014, Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti) **TRF5** (ACR nº 8.498, 2ª Turma, DJE 3.5.2012, Relator Juiz Federal Walter Nunes da Silva Júnior).

<sup>461</sup> TRF4 - ACR nº 9604544560, 1ª Turma, DJ 16.12.1998, Relator Desembargador Amir José Finocchiaro Sarti.  
<sup>462</sup> TRF1 - ACR nº 2002.35.00.010539-0, 3ª Turma, e-DJF1 12.2.2010, Relator Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira.

<sup>463</sup> TRF3 - ACR nº 00051993020084036102, 11ª Turma, e-DJF3: 29.9.2015, Relatora Desembargadora Cecília Mello.

<sup>464</sup> TRF4 - ACR nº 200671020040587, 7ª Turma, D.E. 28.10.2009, Relator Desembargador Tadaaqui Hirose.

<sup>465</sup> TRF4 - ACR nº 200170090015041, 8ª Turma, D.E. 9.5.2007, Relator Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado.

independentemente se esse termo “domínio” tem o rigor científico lançado na teoria do domínio do fato.

Em geral, os Tribunais seguem a orientação de que o autor do fato não precisa executá-lo materialmente e que é suficiente outrem atuar sob suas ordens. Esse é um efeito pragmático que deve ser levado em consideração. No entanto, é interessante perceber que não se verificam nas argumentações que, caso o acusado não detivesse o domínio do fato, o empresário poderia ser considerado partícipe. A pertinência da teoria é, verificada a responsabilidade penal de cada um dos agentes, averiguar se cada um deles detinha o domínio do fato, sob a circunstância de ser domínio da ação, domínio da vontade ou domínio funcional do fato. Caso não possua o domínio do fato, permanece a sua responsabilidade, mas como partícipe.

O que se verifica então, de concreto, é que os Tribunais, em algumas ocasiões, apesar de indicarem a responsabilidade do mandante como autor, não seguem essa mesma linha de argumentação, confundindo a ausência de domínio do fato como ausência de responsabilidade penal. Sobre essa confusão terminológica, explica Pablo Rodrigo Alflen que a expressão *domínio* não é uma expressão jurídica e este conceito, orientado materialmente, é inato ao homem.<sup>467</sup>

A conclusão da pesquisa jurisprudencial deságua na possibilidade de saber como o empresário deve ser tratado quando verificada a sua responsabilidade penal, mas não é porto seguro sob uma análise teórica científica. Ao que se denota, vincular a teoria do domínio do fato como responsabilidade do empresário como autor, por atos executados por terceiro de forma consciente, carece de maior refinamento científico.

Quanto às consequências de ser admitida ou não a teoria do domínio do fato, em especial o domínio da organização, reservam-se essas observações em campo próprio, a ser visto neste e em outro capítulo.

---

<sup>466</sup> TRF3 - ACR nº 03000177319974036102, 5ª Turma, e-DJF3 7.5.2009, Relator Desembargador Baptista Pereira.

<sup>467</sup> “A expressão *domínio* não é uma expressão jurídica, logo deve ser precisada, a fim de se demonstrar o sentido que ela deve representar. A relação de domínio é inata ao homem. Como bem adverte Faria Costa, a relação perene e indestrutível entre o homem e tudo o que o envolve se expressa através de uma constante, a qual representa “um dos segmentos ontológicos que marcadamente presegue e faz do homem precisamente aquilo que ele é.” (ALFLEN, 2014, p. 188-189).

### 3.2.4 A jurisprudência e os delitos especiais

No que concerne aos delitos especiais, o Superior Tribunal de Justiça, interpretando o artigo 30 do Código Penal, admite a extensão da autoria ao *extraneus* que agiu em conluio com o *inraneus*, ou seja, a mesma orientação adotada nesta dissertação. Ficou assentado pelo STJ que a delimitação legal do âmbito da autoria nos delitos especiais, tanto próprios quanto impróprios, por si só, não impede o surgimento do concurso de pessoas. Conhecendo a condição pessoal do *inraneus*, haverá a responsabilização penal do *extraneus* pela mesma figura de delito.<sup>468</sup>

---

<sup>468</sup> “PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ARTIGOS 4º, *CAPUT*; 5º, *CAPUT*; 7º, INCISO IV; E ARTIGO 9º, DA LEI 7.492/86. 1. CRIMES CONTRA INSTITUIÇÃO PERTENCENTE AO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: ENTIDADE DE FUNDO DE PENSÃO (FUNDO DE PENSÃO MULTIPATROCINADO - AEROS). IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AFIRMAÇÃO DA COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* DA JUSTIÇA FEDERAL. 2. NATUREZA ESPECIAL DO DELITO. SUJEITO ATIVO QUALIFICADO SEGUNDO O DISPOSTO NO ART. 25, DA LEI 7.492/86 - *INTRANEUS*. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE PARTICIPAÇÃO DE UM NÃO QUALIFICADO - *EXTRANEUS* - NO DELITO ESPECIAL EXECUTADO PELO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 30, DO CÓDIGO PENAL. 3. EXISTÊNCIA DE NARRATIVA SOBRE CONDOTA QUE, EM TESE, AUTORIZA A RESPONSABILIZAÇÃO DO RECORRENTE A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO: O 'COMO', O 'DE QUE FORMA', O 'DE QUE MANEIRA' CONCORREU PARA CADA UMA DAS INFRAÇÕES, INCLUSIVE NA MODALIDADE OMISSIVA. RESPONSABILIDADE DO PARTÍCIPE POR OMISSÃO. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 13 E 29, DO CÓDIGO PENAL. APRECIÇÃO QUANTO À JUSTIÇA OU INJUSTIÇA DA DECISÃO QUE REFOGE TOTALMENTE AO ÂMBITO E AOS LIMITES DO ESPECIAL. 4. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA DECORRENTE DA PARTICIPAÇÃO EM SI MESMA. DIFERENCIAÇÃO DE PENA COMO REFLEXO DA 'MEDIDA DA CULPABILIDADE'. SEM O REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO, IMPOSSÍVEL NESTA VIA, NÃO HÁ COMO AFERIR-SE O GRAU DE IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DO RECORRENTE EM RELAÇÃO A CADA UM DOS DELITOS. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 13 E 29, DO CÓDIGO PENAL. 5. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 155 E 499, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDEFERIMENTO DE PEDIDO PARA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL MOTIVADO NA DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7, STJ. 6. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CONSUNÇÃO DO *POST FACTUM* PELO CRIME ANTERIOR MAIS GRAVE. INTERPRETAÇÃO VALORATIVA. LEI 7.492/86: DELITOS CONSUMPTOS: ART. 5º, *CAPUT* (DESVIO/APROPRIAÇÃO); E ART. 9º (FRAUDE À FISCALIZAÇÃO OU AO INVESTIDOR); DELITO CONSUMPTIVO: ART. 4º, *CAPUT* (GESTÃO FRAUDULENTA). 7. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Toda e qualquer empresa que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros, é por efeito da Lei 7.492/86, equiparada a instituição financeira, sendo este último o caso da empresa vítima. Se a empresa AEROS - Fundo de Pensão Multipatrocinado é pertencente ao Sistema Financeiro Nacional, a competência, *ratione materiae*, para o julgamento do processo é da Justiça Federal. 2. A delimitação legal do âmbito da autoria nos delitos especiais, tanto próprios quanto impróprios, por si só, não impede o surgimento do concurso de pessoas e a responsabilização penal, pela mesma figura de delito, de sujeito não qualificado - *extraneus* -, havendo pelo menos um qualificado - *inraneus* - interveniente, na condição de autor, e conhecendo os demais sua condição pessoal - aplicação da regra contida no artigo 30, do CP, pela interpretação a contrario *sensu*, segundo a qual comunicam-se as circunstâncias de caráter pessoal se elementares do tipo, não havendo razão, de lógica ou de justiça, para que as normas penais de caráter geral deixem de incidir tão-somente em face dos crimes definidos na Lei 7.492/86 que, juntamente com inúmeras outras figuras previstas no ordenamento jurídico-penal brasileiro, integram o gênero dos chamados delitos especiais. 3. Se a decisão revela 'como' e 'porquê' o Recorrente se faz co-responsável pelos delitos definidos nos artigos 4º, *caput*; 5º, *caput*; 7º, inciso IV; e 9º, da Lei 7.492/86, não há como se admitir a inexistência de fundamento fático à condenação. Todo partícipe por omissão é garantidor, mas nem todo garantidor é partícipe: existência da necessária explicitação de bases fáticas à condenação. Acórdão

O caso analisado pela Corte Especial se tratava de crime contra o sistema financeiro nacional referente à gestão fraudulenta, apropriação indébita no âmbito da instituição financeira, emissão de valores mobiliários sem autorização e fraude à fiscalização mobiliária.

Esse parece ser o posicionamento da jurisprudência nacional, ou seja, de que o *extraneus* pode ser considerado autor em delitos especiais, conforme se pode extrair de pesquisa realizada por Mariana Tranches Ortiz.<sup>469</sup>

Há de se ressaltar a existência de um posicionamento minoritário nas decisões judiciais, consistente em não admitir que o *extraneus* seja considerado autor.<sup>470</sup>

A posição de domínio é uma característica destacada na jurisprudência, não somente do Supremo Tribunal Federal. Menciona-se aqui domínio como circunstância fática,

---

que não se mostra absurdo no que respeita aos seus explícitos fundamentos de ordem fática, inclusive no quanto à responsabilidade por omissão do Recorrente. A apreciação quanto à justiça ou injustiça da decisão refoge totalmente ao âmbito e aos limites do especial. Improcedência da alegação de contrariedade aos artigos 13 e 29, do código penal. 4. No ordenamento penal em vigor, não há obrigatoriedade de redução de pena para o partícipe, em relação à pena do autor, considerada a participação em si mesma, ou seja; como forma de concorrência diferente da autoria (ou co-autoria). A redução obrigatória da pena para o partícipe se dá apenas em face daquela que a Lei chama de "menor importância" - o que já está a revelar que nem toda participação é de menor importância e que, a princípio, a punição do partícipe é igual a do autor. A diferenciação está "na medida da culpabilidade" e, nessa linha, o partícipe pode, em tese, vir até mesmo a merecer pena maior que a do autor, como exemplo, no caso do inciso IV, do artigo 62, do CP. Sem o reexame do conjunto probatório, impossível nesta via, não há como aferir-se o grau de importância da participação do Recorrente em relação a cada um dos delitos. Improcedência da alegação de contrariedade aos artigos 13 e 29, do código penal. 5. Indeferimento de diligência probatória tida por desnecessária não representa violação ao disposto nos artigos 155 e 499, do Código de Processo Penal, e não implica também desatenção ao direito de defesa. A verificação quanto à necessidade ou não da providência é, por seu turno, algo que esbarra na vedação quanto ao reexame do conjunto fático-probatório (Súmula 7, STJ). 6. Consunção do *post factum* pelo crime anterior mais grave e como resultado dele - sem ser o único resultado - é idéia, parece-me, mais adequada à interpretação valorativa. Procedência das razões do primeiro e segundo recorrentes. Lei 7.492/86: delitos consumptos: art. 5º, *caput* (desvio/apropriação); e art. 9º (fraude à fiscalização ou ao investidor); delito consumptivo: art. 4º, *caput* (gestão fraudulenta). A norma do artigo 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, não incrimina resultado material, naturalístico, que porventura venha a ocorrer e que, por lógico, diz respeito à obtenção de alguma vantagem indevida - patrimonial, ainda que indireta. Se, porém, a vantagem patrimonial indevida é consequência da própria gestão, o resultado material não demandaria outra classificação de conduta, sendo suficiente para a punição a norma definidora da gestão fraudulenta. O crime definido no artigo 4º, *in casu*, absorveu os delitos de apropriação/desvio e de fraude a investidor. A mesma relação consuntiva há de ser negada entre a norma do artigo 4º e a do artigo 7º, inciso IV. 7. Recurso parcialmente provido para reconhecimento quanto à absorção dos delitos de desvio/apropriação (art. 5º, *caput*) e fraude à fiscalização ou ao investidor (art. 9º) pela norma incriminadora da gestão fraudulenta (artigo 4º, *caput*) e consequente modificação no quantum de pena aplicada a cada um dos Recorrentes." (STJ - REsp nº 575.684, 6ª Turma, DJ 23.4.2007, Relator Ministro Hamilton Carvalhido).

<sup>469</sup> Julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal: **HC 90.337/SP**, j. 19.6.2007, Relator Ministro Carlos Ayres Britto; **HC nº 74.588/RS**, j. 26.11.1996, Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça: **REsp nº 975.962/CE**, j. 23.3.2009, Relator Ministro Félix Fischer; **RHC 9505/MT**, j. 29.5.2006, Relator Ministro Felix Fischer; **REsp nº 975.962/CE**, j. 23.3.2009, Relator Ministro Félix Fischer. Julgados proferidos pelos Tribunais Regionais Federais: TRF1, **EINACR 1998.33.00.006.197-8**, j. 1.4.2009, Relator Desembargador César Ribeiro; TRF1, **ACR nº 2001.38.02.000.247-6**, 14.8.2007, Relator Juiz Federal Klaus Kuschel; TRF3, **ACR 32.327**, j. 28.7.2009, Relator Juiz Federal Henrique Herkenhoff; TRF3, **HC 22.383**, j. 6.3.2006, Relator Desembargador Ramza Tartuce; TRF3, **RCCR 2004.60.03.000227-1**, j. 17.1.2006, Relator Juiz Federal Luciano de Souza Godoy; TRF4 **ACR 2003.04.01.030590-8**, j. 6.12.2006, Relator Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteadó; TRF5, **ACR 4.908**, j. 6.11.2008, Relator Desembargador Roberto de Oliveira Lima.

<sup>470</sup> **Petição nº 3.898/DF**, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 28.8.2009 e **REsp n. 575684**, Relator Ministro Paulo Medina, j. 24.5.2005.

alicerçado com provas nesse sentido. Com a devida comprovação da responsabilidade penal, a teoria do domínio do fato, em especial o domínio da organização, serviria para fundamentar a autoria nos crimes empresariais. Isso é o que a jurisprudência tende a explicar, mas, pelo rigor científico exigido, sofre críticas nesse pormenor.<sup>471</sup>

### **3.3 O atual estágio da discussão doutrinária sobre o domínio da organização e os delitos empresariais**

Apresentam-se, neste tópico, os principais pontos de discussão no que concerne especificamente à aplicabilidade ou não da teoria do domínio da organização na criminalidade empresarial. O empréstimo de opinião de abalizadas doutrinas não se restringe à produção nacional, porquanto a literatura estrangeira influencia fortemente a produção jurídica no país.

Portanto, apresentam-se o posicionamento de alguns doutrinadores estrangeiros para, depois, apresentar o posicionamento da doutrina nacional. Por certo, a apresentação deste trabalho não pretende o esgotamento do tema. Vale lembrar que a difusão da matéria, principalmente no exterior, vem sendo divulgada em longa data, mas as ideias captadas pelos pesquisadores que serão apresentadas conseguem difundir, na essência, os principais direcionamentos do tema. A pesquisa se restringiu a juristas da Alemanha, da Espanha e de Portugal, locais onde o tema é fortemente debatido, bem como restrição a posicionamentos que se referiram à criminalidade empresarial.

#### **3.3.1 Os estudos jurídicos estrangeiros**

Como não poderia ser diferente, a primeira manifestação deve incumbir ao penalista **Claus Roxin**, o idealizador da teoria do domínio da organização. As reiteradas manifestações sobre as teorias do domínio invariavelmente mencionam o professor de Munique; sua opinião exerce muita influência no cenário nacional.

---

<sup>471</sup> “Entretanto, particularmente no que diz respeito ao uso dessa teoria para distinguir autoria e participação no âmbito jurisprudencial, percebe-se um amplo equívoco. Escudadas, sobretudo, no entendimento de que a prova da unidade de desígnios e a divisão de tarefas no concurso de pessoas são suficientes para a configuração da coautoria, as decisões judiciais, a despeito de reconhecerem a teoria do domínio do fato como a teoria que deve servir de base para a delimitação da autoria, parecem se filiar a uma concepção unitária. Ou seja, estando demonstrada a unidade de desígnios e a divisão de tarefas para a prática do crime, não há que se falar em participação *stricto sensu*, senão coautoria, segundo entendimento prevalente da jurisprudência nacional. Por outro lado, doutrina e jurisprudência pátrias têm-se olvidado de que a teoria do domínio do fato possui vertentes diferentes. Não basta falar que se acolhe a teoria do domínio do fato como critério reitor da autoria e da distinção entre autoria e participação no estudo do concurso de pessoas. É preciso, ademais, afirmar qual vertente da teoria do domínio do fato se acolhe.” (MACHADO, p. 135-136).

A questão da aplicabilidade ou não da teoria do domínio da organização para os crimes empresariais não foi objeto de análise quando da ideia original proposta por Roxin. Como visto, a história paradigma para a estruturação da teoria foi o caso *Eichmann*.

Após o julgamento pelo BGH em 1994, Roxin debruçou-se novamente sobre os aparatos organizados de poder, explicando que, quando houvesse organização nos moldes como retratados no caso de *Eichmann* e nos homicídios no caso do muro de Berlim, não haveria de se falar em coautoria ou indução. No entanto, não teceu comentários a respeito da aplicabilidade em relação aos crimes empresariais.<sup>472</sup> Esse posicionamento foi exposto, entretanto, na 7ª edição do livro *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*, e seu entendimento foi contrário à extensão da sua teoria a hipóteses que transbordam o aparato organizacional desvinculado do Estado de Direito. Rechaçou a aplicabilidade da sua teoria com o exemplo de um chefe de departamento que exorta o empregado a falsificar um documento. De acordo com suas explicações, não se deve esperar que o empregado pratique o ato ilícito, pois a organização trabalha dentro do marco da legalidade.<sup>473</sup> Quis demonstrar, com isso, que no seio da sociedade empresarial não se poderia esperar automaticidade no cumprimento de ordens ilegais.

Na conferência pronunciada em 23 de março de 2006 em Sevilla, Roxin reafirmou seu posicionamento a respeito da inexistência da coautoria e da indução em tais casos. Além de refutar essas outras espécies de participação no evento delitivo, manifestou mais uma vez, expressamente, a impossibilidade de se aplicar a teoria do domínio da organização em crimes empresariais. A justificativa para a não aplicação da teoria é que as empresas seriam empreendimentos lícitos e o sujeito subordinado às ordens deveria sempre considerar a possibilidade de que a sua conduta pudesse ser descoberta.<sup>474475</sup>

---

<sup>472</sup> ROXIN, Claus. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Revista Penal. Salamanca, n. 2, p. 74, 1998.

<sup>473</sup> “Un problema puesto de actualidad por la jurisprudencia reciente reside en si la autoría mediata en virtud de maquinarias de poder organizadas cabe trasladarla a las estructuras jerárquicas en el mundo empresarial (cfr. *supra* pp. 677 s.). La cuestión se plantea asimismo en la doctrina, pero en la mayoría de los casos se rechaza. Cuando en una gran empresa moderna que participa en la vida económica dentro del ordenamiento jurídico, un jefe de departamento exhorta a un empleado a cometer falsedad documental (*vid. supra* núm. 38 *in fine*), de llegarse a la comisión, es sólo inductor del delito cometido en concepto de autor por el empleado (aun cuando el empleado sea fungible), puesto que de una organización que trabaja en el marco de la legalidad debe esperarse que no hay que obedecer las órdenes antijurídicas; así lo prescribe, p. ej., la legislación de funcionarios. Un ejemplo gráfico de la extensión de la autoría mediata aplicándola a relaciones articuladas jerárquicamente lo proporciona la famosa sentencia de la interrupción del tratamiento médico, BGHSt 40, 257, que ya fue analizada *supra* (núm. 39).” (ROXIN, 2000, p. 729).

<sup>474</sup> “Con lo expuesto hasta ahora se han descrito con bastante exactitud las condiciones para una autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. He demostrado mis tesis en los casos de la criminalidad de Estado. La figura jurídica del dominio de la organización puede, asimismo, ser aplicada también, por ejemplo, a actividades terroristas y determinadas formas de aparición de la criminalidad organizada, en tanto se den sus condiciones en cada caso particular.

Mais de três anos após, em conferência na Faculdade de Direito da Universidade Andrés Bello, no Chile, Roxin discursou sob o título “*Dirección de la organización como autoría mediata*”. Reafirmou a impossibilidade de se utilizar da coautoria e da indução para casos semelhantes aos homicídios praticados pelos soldados nazistas e pela guarda da RDA. Nessa conferência, explicou que a elevada disponibilidade para a prática delitiva, em verdade, era uma consequência dos outros três requisitos.

---

¿Pero se puede de este modo declarar autores mediatos también a los superiores de empresas, si inducen a los empleados de su negocio a cometer delitos? El Tribunal Supremo alemán sostiene esta opinión. Há afirmado ya en la sentencia sobre el Consejo de Seguridad Nacional de la RDA. “También el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas se puede solucionar así”, y há procedido, asimismo, de este modo en una serie de sentencias posteriores.

Pero aquí no se puede fundamentar una autoría mediata de superiores apoyada en las reglas del dominio de organización, que inducen a cometer delitos a los empleados. De las cuatro condiciones del dominio de la organización faltan, generalmente, al menos três: las empresas no trabajan por regla general desvinculadas de Derecho, en tanto no se proponen desde un principio actividades criminales. Falta también la intercambialidad [*Austauschbarkeit*] de los que están dispuestos a acciones criminales. Y tampoco se puede hablar de una disponibilidad al hecho considerablemente elevada de los miembros de la empresa porque, como muestra la realidad, la comisión de delitos económicos y contra el medio ambiente lleva consigo un considerable riesgo de punibilidad y también el riesgo de la pérdida del puesto en la empresa. Una autoría mediata en virtud del dominio de la organización es, pues, también en la doctrina alemana, rechazada en tales casos de modo absolutamente mayoritario.

Por otro lado, no se puede desconocer que hay una necesidad político-criminal de castigar como autores a cargos directivos que proponen, promueven o, incluso, sólo permiten acciones criminales en sus empresas. MUÑOZ CONDE y SCHÜNEMANN, dos colegas que me son especialmente cercanos, quieren, por este motivo, aceptar en tales casos, de modo distinto, al ámbito de la restante criminalidad, una coautoría entre personas de dirección y de ejecución. Pero los argumentos que he hecho valer contra una coautoría en el ámbito del dominio de la organización [*Organisationsherrschaft*] son válidos en gran parte también aquí, de modo que una solución así me parece problemática.

Me resulta más adecuado recurrir a la figura jurídica por mí desarrollada de los delitos consistentes en la infracción de un deber [*Pflichtdelikte*] y, con su ayuda, fundamentar una autoría de los cargos directivos, en tanto se les atribuya una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad [*Garantenstellung zur Wahrung der Legalität*] de las acciones de la empresa. Tenemos ya hoy para los delitos de funcionarios [*Amtsdelikte*] un precepto así en el Código Pnal alemán. En el § 357 se dice: “Un superior que induce a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo... o intenta inducir o permite que suceda un hecho antijurídico tal de sus subordinados, há incurrido en la pena prevista para este hecho antijurídico”. Esta norma pudiera aplicarse a superiores autorizados para dar órdenes en empresas. Para ello hay ya propuestas de TIEDEMANN y BOTTKE, y también el proyecto de un Corpus Juris para la protección de los intereses financieros de la EU contiene en el Art. 13 una regulación así: “Si se comete un delito por cuenta de una empresa por una persona, que está bajo la autoridad del director de la empresa o de otra provista de poder de decisión o control en la empresa, el director de la empresa o el encargado de la decisión o control es también penalmente responsable, si tuvo conocimiento de la comisión del delito, dio orden para su comisión, dejó que el delito sucediera u omitió las medidas de control necesarias”. Todos estos esfuerzos muestran que el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder no es una figura jurídica adecuada para superar los problemas que aquí existen.

Debería, naturalmente, reflexionarse más a fondo acerca de como debiera ser en concreto una regulación penal de la responsabilidad de cargos directivos en la empresa. Pero éste es el tema de otra conferencia.” (ROXIN, 2006, p. 247-248).

<sup>475</sup> “Justamente por essa razão não é admissível a autoria mediata quando, por exemplo, um funcionário de uma empresa executa a ordem de cometer um fato punível, pois a empresa move-se principalmente dentro das vias do Direito, o sujeito deve sempre considerar a possibilidade de que sua conduta seja descoberta e de que seja investigada em um processo penal. A *praxis* do moderno Direito Penal Econômico oferece muitos exemplos a esse respeito.” (ROXIN, 2013. p. 332-333).

Ainda sobre a doutrina alemã, **Wilfried Bottke** entende que não deve ser admitida a referida espécie de autoria em organizações empresariais.<sup>476</sup> A justificativa para tal entendimento é que a utilização dessa técnica somente deveria ser utilizada para hipóteses de Direito Constitucional Penal.<sup>477</sup>

Por seu turno, **Kai Ambos**, em artigo dedicado ao tema, defendeu que a detenção do domínio da vontade, em função do domínio da organização por parte do homem de trás, dependeria apenas da estruturação rigidamente hierárquica do aparato e da intercambialidade dos executores diretos do delito. Assim, seria irrelevante o fato de o aparato de poder atuar à margem do ordenamento jurídico.<sup>478</sup> Não obstante, o jurista também não admite a extensão da teoria do domínio da organização à esfera da criminalidade econômica, visto que as empresas não constituiriam aparatos rigidamente organizados de poder e que inexistiria em seu âmbito fungibilidade mecânica dos subordinados.<sup>479</sup> Sem embargo, ressalva que, se a prática delitiva

---

<sup>476</sup> “No es una atrocidad semejante, sin embargo, la estimulación o la permisibilidad de los jefes respecto de delitos de criminalidad económica cometidos por subordinados en la empresa. Y tampoco lo es la estimulación o la permisibilidad de delitos de criminalidad económica en el marco de la criminalidad organizada, es decir, en beneficio de agrupaciones sociales ilegales de corte cuasi empresarial. Los intentos de extender el círculo de la autoría mediata más allá de las normas y excepciones ya mencionadas no son válidos. Pueden serlo para la figura del instrumento doloso sin intención, así como para la figura del instrumento doloso no cualificado.” (BOTTKÉ, Wilfried. Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania. Revista Penal. Salamanca, n. 4, p. 27, 1999).

<sup>477</sup> “La mera instrumentalización de la capacidad mermada del <<hombre de delante>> de eludir la influencia estimuladora del hecho, ejercida por el <<hombre de atrás>> podría impedir, en los supuestos de daños ocasionados a uno mismo (*Selbstschädigungen*), un consentimiento eficaz. En general no basta para elevar a la categoría de autoría mediata la intervención del <<hombre de atrás>> en la acción del <<hombre de delante>>. La figura del dominio de un autor mediato en virtud de la utilización de un aparato de poder no debe ser - frente a *Roxin* (y en parte, la jurisprudencia alemana) - admitida. Le falta suficiencia normativa, más exactamente, relevancia jurídico-fundamentadora de la pena. Se debe reconocer una excepción solamente allí donde, según el Derecho constitucional penal, el principio de tipicidad está debilitado en forma de Derecho escrito fundamentador de pena. Así ocurre con las atrocidades, es decir, violaciones de los derechos humanos organizados por Estados que no son Estados de Derecho, cuando la gravedad del caso es tal que contraría las percepciones valorativas de cualquier nación civilizada (Art. 7 II EuMrk; 15 II IpbpR). Quien como superior abusa del poder estatal en orden a la causación o fomento de tales violaciones de los derechos humanos se coloca, em virtude del Derecho internacional, al margen de la protección que asegura el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* a los superiores instigadores o fomentadores del delito como requisito de criterios de relevancia escritos jurídico-fundamentadores de la pena. No es una atrocidad semejante, sin embargo, la estimulación o la permisibilidad de los jefes respecto de delitos de criminalidad económica cometidos por subordinados en la empresa. Y tampoco lo es la estimulación o la permisibilidad de delitos de criminalidad económica en el marco de la criminalidad organizada, es decir, en beneficio de agrupaciones sociales ilegales de corte cuasi empresarial. Los intentos de extender el círculo de la autoría mediata más allá de las normas y excepciones ya mencionadas no son válidos. Pueden serlo para la figura del instrumento doloso sin intención, así como para la figura del instrumento doloso no cualificado.” (*Idem*, p. 26-27).

<sup>478</sup> “Esto, sin embargo, no es así. Más bien al contrario, el dominio de organización depende únicamente de la estructura de la organización en cuestión y del número de ejecutores intercambiables. Más aún si el aparato no está “fuera del ordenamiento jurídico” (como requiere el criterio de la desvinculación del Derecho), sino es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él, el dominio del hecho por parte del hombre de atrás es aún mayor que en el caso del aparato desvinculado del Derecho.” (AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Revista de derecho penal y criminología, Madrid, n. 3, p. 133 *et seq.*, 1999).

<sup>479</sup> “En las empresas con distribución funcional y descentralizadas, faltarán ya los necesarios “procesos reglados”. Pero también en empresas organizadas de modo jerárquico y linear, en las que bajo determinadas

se tornar predominante, a organização empresarial poderá ser equiparada à máfia, hipótese em que seria aplicável a teoria do domínio da organização.<sup>480</sup>

**Günther Jakobs** tem se manifestado contra o próprio domínio da organização, preferindo, em vez disso, a coautoria. Em sua opinião, nem todos os soldados do muro de Berlin eram intercambiáveis. O caráter comum da decisão de realizar o fato, que é necessário para a coautoria, fica configurado com a consciência comum dos dirigentes e dos executores de que determinado fato ou vários fatos das mesmas características não de se levar a cabo com a instrução da direção.<sup>481</sup>

Pela aplicabilidade da coautoria também defendem **Hans-Heinrich Jescheck** e **Thomas Weigend**, com a justificativa de que a pessoa que ocupa a posição central da organização é coautor. O caráter comum da resolução delitiva advém desde o diretor do aparato até os executores em levar adiante a prática de determinado fato.<sup>482</sup>

circunstancias probablemente puedan desencadenarse "procesos reglados" por instrucciones desde "arriba", no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad." (*Idem*).

<sup>480</sup> "Las empresas no son criminales per se, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado, pero por regla general no conforma una parte fija de la política de la empresa, es decir, que las infracciones son "accidentales". Si la situación es diversa, es decir, si las "actitudes criminales" son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del "crimen organizado de modo similar a la mafia", y, por lo tanto, en el del grupo de casos aquí analizado. Si, por el contrario, se parte del "tipo normal" de la empresa legal, tampoco concurren los presupuestos materiales del dominio por organización." (*Idem*).

<sup>481</sup> "d) Se suele apreciar autoría mediata em el *aprovechamiento de <<aparatos de poder organizativos>>*, sobre todo en relación con las muertes de judíos y opositores al régimen en la época nacional-socialista: El <<autor de despacho>> es considerado autor mediato. Bien es verdad que no cabe dudar, teniendo en cuenta la dinámica de grupos, de la situación de superioridad de quienes ordenaron las muertes de judíos, p. ej., en la Oficina Superior de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*). Apreciar autoría mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo. Es superfluo porque, con la superioridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante, mientras que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias *después* del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte. Conforme a la concepción aquí mantenida, la coautoria, en los supuestos normales, no presenta problemas; en los demás casos queda la inducción. La construcción de la autoría mediata es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: Sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas." (JAKOBS, 1997, p. 783-784).

<sup>482</sup> "8. Últimamente se acepta con frecuencia, un **dominio del hecho por médio de aparatos organizados de poder** (holocausto, terror policial, máfia, orden de disparar a quien atravesaba la frontera de la antigua República Democrática Alemana), de modo que el "autor de la mesa de despacho" que controla la organización aparece siempre como autor mediato (BGH 40, 218 [236ss.] con comentario aprobatorio de *Roxin*, JZ 1995, pág. 49). Sin embargo, esta visión sólo merece ser aprobada allí donde los ejecutores mismos no puedan ser considerados como autores plenamente responsables (popr ejemplo, de acuerdo con el §51WStG). En el caso de que lo sean, la persona que ocupa la posición central de la organización es coautor precisamente porque domina la organización. El carácter común de la resolución delictiva se produce a través de la conciencia del diretor del aparato y de los ejecutores de que un hecho determinado o varios de ellos de la misma clase deben ser llevados a cabo en correspondencia con las indicaciones de la dirección." (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal. Parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete 5. ed. rev. e ampl. Granada: Comares, 2006, p. 722).

Por fim, imprescindível mencionar o posicionamento de **Roland Hefendehl**, o qual defende a possibilidade de utilizar os aparatos organizados de poder no âmbito da criminalidade empresarial. Para chegar a essa conclusão, Hefendehl faz análise dentro de uma perspectiva criminológica dentro do ambiente corporativo. Além disso, faz uma releitura da extensão do domínio organizacional, em especial sobre a fungibilidade e o funcionamento do aparato de poder organizado.<sup>483</sup>

Na Espanha, podem ser citados doutrinadores do porte de Ana Isabel Pérez Cepeda, Carlos Gomes-Jara Díez, Francisco Muñoz Conde, Bernardo José Feijoo Sánchez e Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos.

**Ana Isabel Pérez Cepeda** entende que em uma empresa raramente existe uma estrutura rígida que caracteriza os aparatos organizados de poder. A relação com o subordinado se baseia na distribuição da divisão do trabalho e não na submissão da obediência.<sup>484</sup> Em virtude disso, entende que não há fungibilidade do executor e que o domínio da organização deveria ficar restrito àquelas hipóteses de delinquência organizada à margem do Direito<sup>485</sup>, razão pela qual justifica que duas soluções deveriam ser fornecidas. A primeira quando o executor também faz parte do Conselho de Administração que deliberou pela prática delitiva. Nessa hipótese, haveria coautoria.<sup>486</sup> A segunda solução seria a indução

---

<sup>483</sup> “Después de este análisis há quedado deshecha la esperanza de poder restringir a regímenes injustos la figura jurídica del autor detrás del autor. Como quiera que la autoría por medio de aparatos organizados de poder representa un complemento necesario de la autoría por medio de la coacción o del error, no se puede evitar, reconocerla también en empresas económicas, de concurrir los presupuestos explicitados individualmente. Me parece que en esto no se encuentra una relativización de la autoría. Las condiciones son lo suficientemente restringidas para mantener construcciones de la autoría en caso de la punibilidad del ejecutor en un marco abaricable. La aprehensión respecto de un tal proceder debería seguir decreciendo, si se tiene presente que las constelaciones aquí tratadas se encuentran en el ámbito fronterizo de un error o coacción que, de todos modos, fundamenta la autoría mediata.” (HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. *Derecho penal y criminología*: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Bogotá, v. 25, n. 75, p. 56, 2004).

<sup>484</sup> “Por ende, aun suprimiendo el presupuesto de que se trate de organización desligada del ordenamiento jurídico, en una empresa raramente existe la estructura rígida, que caracteriza a los aparatos organizados de poder. En la estructura de una empresa la relación con el subordinado se basa en la distribución o división del trabajo, no en la sumisión ni en la obediencia. En consecuencia, esta excepción no sería aplicable ni quiera en aquellos supuestos de criminalidad económica en el marco de criminalidad organizada, es decir, em beneficio de agrupaciones sociales ilegales de corte cuasi empresarial.” (PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*. Salamanca, n. 9, p. 115, 2002).

<sup>485</sup> “Además, mientras no exista una previsión legal que autorice expresamente esa ampliación de las categorías dogmáticas de autor, deve reservarse aquellos supuestos más graves, por tanto debe limitarse la teoría del dominio de la organización como fundamento de la autoría mediata a la delincuencia organizada al margen del Derecho.” (*Idem*, p. 119).

<sup>486</sup> “En este último ámbito, estimo que, en aquellos supuestos en que los miembros del Consejo de administración deciden la comisión de un hecho delictivo a través de la empresa y uno de sus miembros asume la ejecución. A pesar de que el resto de los miembros del Consejo con su intervención no realizan ninguna acción ejecutiva, puede imputárseles el delito a título de coautoría.” (*Idem*, p. 119).

para os casos em que o executor não fizesse parte do Conselho de Administração, em razão da ausência de decisão conjunta.<sup>487</sup>

Em relação a **Carlos Gomes-Jara Díez**, após analisar os elementos estruturantes da teoria do domínio da organização, elucida não ser adequado estendê-los aos crimes empresariais. Explica que em uma execução pode existir dupla imputação, uma para a pessoa física e outra para a pessoa jurídica.<sup>488</sup> Em virtude disso, as diversas contribuições que podem ser vertidas ao fato delitivo deveriam ser vistas em um sentido global. Esse argumento estaria calcado no critério da imputação objetiva como meio apropriado para decidir normativamente quando existe uma comunicação relevante entre as distintas contribuições.<sup>489</sup>

**Francisco Muñoz Conde**, após discorrer sobre os aparatos de poder estatais e não estatais, concluiu que nos delitos relacionados à empresa não se pode admitir um domínio da vontade em virtude dos aparatos organizados de poder, tampouco autoria mediata baseada nessa espécie de domínio. A empresa não está, em regra, apartada do Estado de Direito, mas reconhece a necessidade de ofertar uma resposta satisfatória para a criminalidade econômica.

---

<sup>487</sup> “No obstante, cuando el empresario o miembros del Consejo ordenan a un subordinado la ejecución de un hecho delictivo, considero que no puede imputarse a título de coautoría, porque, aunque estime que sea suficiente con la existencia de un co-dominio del delito en la fase preparatoria, no se dan el resto de presupuestos necesarios como el acuerdo conjunto. No puede obviarse que, el Derecho positivo exige la realización conjunta del hecho, por ello, pese a sus inconvenientes, sigue siendo necesario la decisión conjunta entre todos los coautores y no cualquier clase de coordinación de aportaciones al hecho, porque precisamente, este requisito también fundamenta en la coautoría la imputación recíproca de todas las aportaciones y no exclusivamente el dominio funcional del hecho. Además se trata de una relación que se mueve en el plano vertical, no horizontal como exige la coautoría. La no-diferenciación entre ambos planos, conlleva una dificultad intrínseca a la hora de delimitar entre la autoría mediata y la coautoría. Por todo ello, cabe inferir que, reducir los requisitos necesarios para la existencia de coautoría a la constatación de un co-dominio en la fase preparatoria encierra el peligro de una ampliación excesiva de la coautoría. En consecuencia, estimo que en este caso, nos encontramos ante una inducción porque: primero, existe una simple realización de hechos por parte de otro y la relación que une a ambos se estructura en el plano vertical. Segundo, la estructura jerárquica de una empresa no garantiza el cumplimiento automático de las órdenes, es decir, como regla general las personas que dirigen la empresa no cuentan con que sus empleados se van a prestar a cometer delitos, aunque siempre será posible que encuentren sujetos dispuestos a ejecutarlos. Tercero, el co-dominio positivo de los miembros del Consejo se limita a la fase preparatoria, teniendo sólo un dominio negativo en la fase de ejecución (poder impedir la ejecución del delito).” (*Idem*, p. 115).

<sup>488</sup> “En efecto, la empresa moderna difícilmente puede considerarse hoy en día como una organización que actúa al margen del derecho, sino que, más bien, desde hace algún tiempo se va considerando que se trata de un ciudadano responsable de la sociedad. Si, además, se tiene en cuenta la economía de mercado que domina el panorama de la globalización mundial, y la consideración de la empresa como una de las instituciones claves del capitalismo, debe descartarse cualquier intento de afirmar de manera generalizada una actuación al margen del derecho por parte de las empresas.” (GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Cuestiones fundamentales de derecho penal económico*. Parte general y parte especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 136-137).

<sup>489</sup> “En términos generales, se puede afirmar que la coautoría constituye una herramienta válida para solventar ciertos problemas de fundamentación de la responsabilidad de los órganos de dirección de empresa. A modo de síntesis, cabría indicar que la *existencia de una organización estructurada fundamentalmente en el régimen de división de trabajo fundamenta la vinculación de las aportaciones de los distintos partícipes*, debiendo atenderse a la unidad de sentido global que adquieren dichas aportaciones en virtud de la vinculación referida y del peso cuantitativo de cada una de ellas. En este sentido, la imputación objetiva se constituye en un criterio decisivo para determinar normativamente cuándo existe una vinculación comunicativamente relevante entre las distintas aportaciones.” (*Ibidem*, p. 185).

Com isso flexibiliza requisitos ortodoxos para justificar a incidência da coautoria como proposta de solução adequada.<sup>490</sup> Defende que a coautoria em crimes empresariais seria compatível com a legislação espanhola, sob o argumento de que a coautoria é um conceito mais abrangente que a coexecução.<sup>491</sup>

**Bernardo José Feijoo Sánchez** afirma que a existência de um Estado totalitário tem pouca semelhança com a comercialização de um produto defeituoso por parte de uma multinacional.<sup>492</sup>

**Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos**, em percuciente trabalho sobre a criminalidade no âmbito empresarial, verificou o posicionamento de distintos doutrinadores sobre esse tema. Sua opinião é no sentido de que existiria um domínio funcional do fato entre todos os atores delitivos, pois esse domínio abrangeria a fase preparatória.<sup>493</sup>

Percebe-se que a doutrina espanhola é fortemente inclinada pelo reconhecimento da coautoria entre o mandante e o mandatário nos crimes empresariais.

Por fim, em Portugal, podem ser citados os posicionamentos de Jorge de Figueiredo Dias, de Susana Aires de Sousa e de Teresa Quintela de Brito.

---

<sup>490</sup> “La conclusión de este apartado es que en el marco de un aparato de poder no estatal y no al margen del Derecho, como son sobre todo las empresas, y en relación con los delitos económicos que en ellas se realizan como consecuencia de decisiones tomadas en los Consejos de Administración o por los directivos de las mismas, no puede admitirse un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder organizado, y, por tanto, tampoco la autoría mediata basada en este dato. En su lugar viene, pues, en consideración una (co)autoría mediata, cuando las decisiones son llevadas a cabo por un ejecutor o instrumento irresponsable; o un supuesto normal de coautoría, cuando el ejecutor es responsable, y no es un mero instrumento. De este modo podemos imputar a título de (co)autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, pero controlando y dominando grupos de personas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial. Otras posibilidades de imponer la pena de los autores a estos sujetos a través de las figuras de la inducción o, en nuestro Código penal, de la cooperación necesaria, no se ajustan correctamente a la naturaleza de este tipo de intervenciones o rebajan la importancia de las mismas a un lugar secundario que no concuerda con el destacado papel que desempeñan en el ámbito de las organizaciones.” (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 83).

<sup>491</sup> “Acertadamente, el art. 28 no toma como punto de referencia común a las distintas formas de autoría la “ejecución”, sino la “realización” del hecho, que es un concepto más amplio que el de “ejecución”.” (*Idem*, p. 71).

<sup>492</sup> “Não é verdade que o “*aparelho organizado de poder tem uma estrutura e um funcionamento interno muito semelhante ao de uma grande empresa*”, especialmente quando se trata de organizações burocráticas estaduais. Dito de outra forma, as violações massivas e sistemáticas dos direitos humanos em regimes como o nacional-socialismo na Alemanha ou as ditaduras militares do Chile e da Argentina têm pouco a ver com a comercialização de um produto defeituoso por parte de uma multinacional como a Nestlé.” (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Autoria e participação em organizações empresariais complexas*. *Revista Liberdades*. São Paulo, n. 9, p. 32-33, jan./abr. 2012).

<sup>493</sup> “Los sujetos que intervienen en las estructuras jerárquicamente organizadas - directivos, mandos intermedios y subordinados - realizan el hecho conjuntamente. En estos casos, donde el dirigente planifica un delito y emite una orden para que el subordinado la ejecute, a nuestro juicio, tanto uno como otro tienen también el dominio del hecho, y, por tanto, deben responder como coautores. Esto es, <<el dominio funcional del hecho...también puede darse en la fase preparatoria cuando configura la ejecución>>.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca. *Criminalidad de empresa*. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 137).

**Jorge de Figueiredo Dias** afirma que a maioria da doutrina portuguesa segue a mesma posição externada por Roxin quanto à inaplicabilidade do domínio da organização aos aparatos empresariais.<sup>494</sup> Figueiredo Dias entende também não ser possível transpor a teoria das estruturas organizadas de poder para o âmbito da empresa porque não se verificam os respectivos pressupostos.<sup>495</sup>

Na mesma linha seguida por Figueiredo Dias, **Susana Aires de Sousa** defende a aplicação da instigação-autoria para os crimes empresariais, sobretudo para os casos em que o dirigente determina que o subordinado pratique uma conduta criminosa.<sup>496</sup> Consequentemente, entende a jurista que a teoria do domínio do fato não seria a tese mais apropriada para distinguir autoria e participação nos delitos empresariais.

Por fim, **Teresa Quintela de Brito** coloca em dúvida a existência do próprio domínio da organização. Entende que haveria incoerência em se falar em instrumentalização e autorresponsabilidade do mesmo sujeito.<sup>497</sup> Em razão disso, entende que os dirigentes podem ser punidos como executores diretos do delito, ainda que ausente a sua execução corpórea por parte desses mesmos dirigentes. O domínio da organização para a execução do crime não só

---

<sup>494</sup> “A questão hoje mais debatida neste contexto - estreitamente ligada à referida querela sobre a exigência de que a organização actue fora do quadro da ordem jurídica - é a de saber se deve estender-se o domínio da organização a delitos praticados no âmbito da **criminalidade empresarial**. Roxin, seguido nesta parte pela maioria da doutrina, incluída a portuguesa, tem-se mostrado contrário - salvo porventura em casos excepcionais - a um tal alargamento.” (DIAS, 2007, p. 789).

<sup>495</sup> “Figueiredo Dias entende não ser possível transpor a teoria das estruturas organizadas de poder para o âmbito da empresa desde logo porque se não verificam os respectivos pressupostos, ou seja, porque <<a circunstância de as empresas se constituírem para desenvolver uma atividade lícita eliminaria, sempre que estivessem em causa a realização de um crime, o automatismo de funcionamento exigido para o domínio-da-organização>>, por uma parte, e porque só muito dificilmente se poderá dizer que a empresa reveste a estrutura hierárquica que caracteriza as estruturas organizadas de poder, por outra, e também porque a fungibilidade do executor não caracteriza a atividade empresarial.” (SILVA, 2009, p. 339).

<sup>496</sup> “Deste modo, julgamos que a figura da *instigação-autoria* pode desempenhar um papel importante e adequado no âmbito da criminalidade empresarial, designadamente naqueles casos em que o dirigente determina o seu subordinado a uma prática criminosa. Ou seja, esta figura deve ser chamada a participar na resolução de problemas de comparticipação dos dirigentes, essencialmente a um nível vertical, no contexto das relações hierárquicas próprias da estrutura empresarial. Em nosso modo de ver, esta figura permite captar todo o “desvalor da conduta” e ajustar-se ao “significado real” da contribuição do homem de trás.” (SOUSA, 2009, p. 1.020-1.021).

<sup>497</sup> “Não me parece que a autoria mediata por domínio da organização, tal como foi concebida por ROXIN, ofereça solução adequada para o problema da responsabilidade dos dirigentes pelos factos penais cometidos na e através da organização, seja ela uma organização vinculada ou desvinculada do Direito. Desde logo, porque essa construção ergue sobre uma aporia fundamental.

Por um lado, tem de colocar o executor como objeto da instrumentalização, ainda que ao lado da instrumentalização do próprio aparelho, para poder continuar a falar-se de autoria *mediata* ou execução do facto “*por intermédio de outrem*”. Contudo, a paralela afirmação da liberdade e responsabilidade do autor imediato esbarra com o princípio da auto-responsabilidade como critério delimitador da autoria mediata. Se há plena liberdade e responsabilidade do autor imediato, o homem-de-trás não executa o facto por “intermédio de outrem”. Logo, verdadeiramente não existe autoria mediata.” (BRITO, Teresa Quintela de. Domínio do facto, organizações complexas e autoria dos dirigentes. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). Direito penal económico e financeiro. Conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 172).

corresponderia a um domínio do fato cometido na organização e por meio dela, como implicaria um domínio do fato mais intenso se comparado com aquele que exerce o homem da frente.<sup>498</sup> Contudo, para os dirigentes de empresa que não se envolvem com a execução direta dos fatos, como são os órgãos diretivos, seriam considerados apenas instigadores.<sup>499</sup>

Visualizados os principais argumentos da doutrina estrangeira, passa-se agora a discorrer sobre o desenvolvimento da literatura nacional sobre o assunto.

### 3.3.2 Os estudos jurídicos nacionais

Para início da exposição deste tópico, reputa-se justo mencionar **Luís Greco**, o qual foi orientado pelo próprio Claus Roxin. Em conjunto com **Augusto Assis**, elaboraram artigo cujo assunto era especificamente sobre o significado da teoria do domínio do fato para criminalidade de empresa. Ambos juristas verificaram a compatibilidade de cada espécie de domínio do fato na órbita empresarial, com exceção do domínio da ação. Com relação à hipótese do domínio da organização, afirmaram não ser possível transportar a teoria elaborada por Roxin para a criminalidade empresarial. Seria necessário modificar a formulação original.<sup>500</sup> Greco e Assis entendem que, para que se pudesse ter essa aplicabilidade desejada, a dissociação do direito deveria ser descartada, pois as sociedades empresariais não se

---

<sup>498</sup> “O domínio da organização para a execução do facto típico corresponde a um senhorio da própria execução, pois o dirigente tem o domínio positivo e negativo da tentativa do homem-da-frente. Trata-se de um senhorio da execução típica, porque a organização, conformada pelo líder, determinou os elementos essenciais do crime e essa conformação actualiza-se na fase executiva, delineando-a “na hora”: (a) por via do não exercício (eventualmente consciente e querido) do seu poder de direção no sentido de alterar as condições criminógenas de funcionamento da organização, e (b), porventura, até através da emissão de ordens concretas e relevantes para essa execução.

Portanto, o domínio da organização para a execução do crime não só corresponde a um domínio do facto cometido na e através da organização, como implica um domínio do facto mais intenso do que aquele que exerce o homem-da-frente. Por essa razão se imputa ao dirigente a co-realização directa do tipo, não obstante a ausência de execução corpórea do mesmo. Não se justifica a forçosa e automática recondução da posição preponderante do líder dos quadros da autoria mediata, forçada a ir para lá da sua estrutura matricial constituída pela ausência de plena responsabilidade criminal por parte do “instrumento”.” (*Idem*, p. 198).

<sup>499</sup> “Não se sustenta que a co-autoria do dirigente seja *a solução* em tema de responsabilidade do dirigente pela criminalidade de empresa. Aliás, salienta AUGUSTO SILVA DIAS: <<co-autor não pode ser qualquer dirigente, mas só aquele que opera no mesmo segmento da organização em que a conduta é realizada e que, portanto, pode influenciar execução e actualizar nela o seu contributo>>. São meros instigadores, os dirigentes máximos e todos aqueles que, tendo embora <<participação na deliberação do órgão directivo, nenhum envolvimento ou ligação efectivos tiveram com a execução dos facto>>.” (*Idem*, p. 199).

<sup>500</sup> “Uma ordem ilícita emitida no âmbito de uma estrutura empresarial por um gerente e cumprida por um funcionário não preenche, contudo, os requisitos da teoria originalmente proposta por Roxin. Como as empresas não são organizações dissociadas do direito - pelo contrário -, estão sujeitas a diversos controles realizados por diversos órgãos estatais - não se pode, segundo o modelo original, falar em domínio da organização nos casos de crimes cometidos a partir de uma empresa.” (GRECO; ASSIS, 2014, p. 102).

equiparam a máfias ou a organizações criminosas<sup>501</sup> e que o afastamento da fungibilidade do executor se revela complexo, pois a fungibilidade e a dissociação do direito estão intimamente relacionadas.<sup>502</sup> Ainda quanto à fungibilidade, discorrem que afirmar ou não que essa característica estaria na empresa incorreria no dilema de se definir se o ambiente corporativo seria propenso a práticas delitivas.<sup>503</sup>

Em especial à legislação brasileira, Greco e Assis entendem que não há muito sentido na aplicação dessa teoria no cenário nacional, pois a figura do domínio da organização só teria pertinência em um sistema que diferencia autor e partícipe.<sup>504</sup>

Especificamente sobre o domínio da organização, Luís Greco, agora em parceria com **Alaor Leite**, reitera a impossibilidade de extensão dessa modalidade de distinção entre autoria e participação aos crimes empresariais.<sup>505</sup>

No mesmo sentido são as propostas de **Pablo Rodrigo Afflen**<sup>506</sup> e de **Raquel Lima Scalcon**<sup>507</sup> que seguem estritamente as diretrizes formuladas por Roxin.

---

<sup>501</sup> “Outro tem de ser o caminho escolhido pelos autores que defendem essa transposição. Eles *modificam a formulação original*, prescindindo de alguns de seus requisitos. A *dissociação do direito* tem necessariamente de ser descartada, uma vez que aqui, temos empresas e não mais máfias ou organizações criminosas/terroristas. O requisito da *verticalidade da estrutura*, por sua vez, pode ser mantido, uma vez que ele é característico também de uma organização empresarial.” (*Idem*, p. 102).

<sup>502</sup> “Mais complexa parece a situação diante do requisito da *fungibilidade do executor*. Fungibilidade e dissociação do direito estão intimamente relacionadas. No modelo original de Roxin, a dissociação do direito decorre da exigência da fungibilidade; apenas em uma organização que está completamente alheia aos comandos da ordem jurídica existiria a pronta substituíbidade de cada executor.” (*Idem*, p. 103).

<sup>503</sup> “Sem entrar no mérito da validade da tese criminológica citada por Hefendehl, a tentativa de fundamentar a aplicação da construção do domínio da organização no âmbito empresarial teria que ser considerada dissociada do direito; ou o contexto seria apenas levemente inclinado a prática de delitos, de modo que a maior propensão dos funcionários a cumprir ordens ilícitas não atingiria o nível necessário para que a execução do delito pudesse ser considerada automática.” (*Idem*, p. 104).

<sup>504</sup> “Ainda assim, suponhamos que fosse possível superar as dificuldades que acabamos de apontar e aplicar a ideia do domínio da organização ao diretor de uma empresa. Nem assim se iria além do que se pode já fazer com base na leitura tradicional do art. 29, *caput*, CP. Afinal, o superior hierárquico que emitiu um comando posteriormente executado <<concorre para o crime>>, porque deu causa ao resultado. A figura do domínio da organização só faz sentido em um sistema que diferencie autor e partícipe, isto é, em um sistema assentado em bases diversas daquelas que são as de que parte interpretação mais natural do regime do concurso de pessoas constante no CP.” (GRECO; ASSIS, 2014, p. 105-106).

<sup>505</sup> “Voltemo-nos, assim, ao outro foco da discussão, ao segundo dos três requisitos acima mencionados, isto é, a dissociação ou desvinculação da ordem jurídica (*Rechtsgelöstheit*). Quem quer aplicar a construção a empresas começa, em geral, por negar a necessidade desse requisito, para com isso aplicar essa forma de autoria mediata a toda organização verticalmente estruturada e com executores fungíveis.”

(...)

“O fundamento da autoria mediata por domínio da organização não repousaria, assim, em um cru poder de mando, mas no funcionamento <<clandestino>>, na conformação completamente apartada da ordem jurídica. Em organizações moldadas conforme à ordem jurídica em geral, como sociedades empresárias em geral, é de se esperar que ordens ilegais emitidas por algum superior não sejam automaticamente cumpridas por terceiros autorresponsáveis, isto é, que não estão em erro e nem coagidos. Doutro modo, estar-se-ia partindo da presunção de que sociedades empresárias são organizações criminosas. Isso não exclui que o superior, seja, ao final, autor; essa atribuição de autoria se fundamenta, contudo, em outras razões, que não o seu domínio sobre o fato de executor.” (GRECO; LEITE, 2014, p. 29-30).

<sup>506</sup> “Apesar da teoria se demonstrar *prima facie* uma concepção de extrema utilidade e relevância prática, isso não ocorre efetivamente. A concepção possui um horizonte de projeção limitado que não lhe permite alcançar os

**Renato de Mello Jorge Silveira** compreende a legislação penal brasileira como adequada ao sistema unitário. Assim, como manifestado por Wilfried Bottke, para Renato Silveira a teoria em questão deveria ser aplicada somente para os casos que envolvessem Direitos Humanos.<sup>508</sup>

**Artur de Brito Gueiros Souza** demonstra inclinação pela utilização da teoria do domínio do fato, inclusive do domínio da organização no âmbito empresarial. Justifica que, apesar do posicionamento da doutrina majoritária, a jurisprudência dos Tribunais tem se utilizado dessa teoria para atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial.<sup>509510</sup>

**Bruna Martins Amorim Dutra** entende cabível a aplicação da teoria do domínio do fato para os crimes comissivos dolosos em geral, e que, quanto à posição de garante do dirigente da empresa, nos crimes omissivos, deverá ser verificada sua posição de garante no caso concreto.<sup>511</sup>

fins aos quais *se pretende* que ela alcance (tal como sua aplicabilidade ao plano dos crimes cometidos por meio de organizações empresariais). Nesse sentido, o próprio Roxin já manifestou o seu rechaço à ideia de aplicação da teoria do domínio por organização aos crimes praticados por meio de empresas, embora o BGH a tenha adotado e utilizado para tal fim.” (ALFLEN, 2014, p. 144).

<sup>507</sup> “Diante do exposto, entende-se adequado concluir que a teoria do domínio do fato, na sua subespécie domínio da organização (autoria mediata em aparatos de poder), não se compatibiliza com a realidade empresarial. Desse modo, a regra deve ser a sua *não aplicação* a delitos corporativos. É possível que, em determinadas circunstâncias, a empresa se transforme de tal maneira em um mero aparato para o cometimento de crimes, que então volte a fazer sentido aplicar a teoria para fins de exame de autoria delitiva. Isso, todavia, não invalida a conclusão anterior, na medida em que, nesta hipótese, dificilmente se poderia ainda falar na existência real de uma empresa.” (SCALCON, Raquel Lima. Problemas especiais de autoria e de participação no âmbito do direito penal secundário: exame da compatibilidade entre “domínio da organização” (organisationsherrschaft) e criminalidade corporativa. *Revista de Estudos Criminais*. n. 54. p. 203, jul./set. 2014).

<sup>508</sup> “Tenha-se em mente que é de se destacar a dificuldade de se aceitar cegamente a aplicação da teoria do domínio do fato ao âmbito empresarial. Mesmo tendo em conta o pouco rendimento da teoria em países que aceitam uma leitura unitária do autor, como é o caso do Brasil, resulta problemática a hipótese de utilização da construção roxiniana para o âmbito empresarial. Sua utilização da construção destinar-se-ia idealmente, por exemplo, mais para fins outros de proteção, como é o caso dos Direitos Humanos, do que outra coisa qualquer.” (SILVEIRA, 2016, p. 112-113).

<sup>509</sup> “Registre-se que, apesar das ressalvas da doutrina majoritária, a jurisprudência dos tribunais tem sido no sentido da utilização da teoria do domínio do fato, nas suas diversas vertentes, para a atribuição de responsabilidade na criminalidade de empresa.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. *Revista de Estudos Criminais* 54. p. 113-115, jul./set., 2014).

<sup>510</sup> “Contudo, como visto ao longo da exposição, aquele grupo de teorias tem sido utilizada, na prática dos tribunais, não só para suprir lacunas de punição adequada aos dirigentes de organizações de poder - vinculados ou não a ordenamentos jurídicos -, mas, igualmente, para atender a necessidades político-criminais em casos de cometimento de crimes de empresa, imputando-se aos que estão nas instâncias superior e intermediária da pessoa jurídica a condição de *coautor* ou *autor* mediato, mesmo quando o funcionário que executa a ordem delitiva deva responder como *autor imediato* do fato.

Por fim, guardadas as distintas circunstâncias histórico-institucionais de cada país, pode-se observar um vigor pragmático a respeito do uso da teoria dos aparatos organizados de poder em determinados casos de grande relevância social, como visto recentemente por ocasião do julgamento da APn 470 no STF. E, de fato, em que pesem eventuais divergências, tal teoria afigurou-se apropriada àquele julgamento, considerando-se o resultado final de condenações e absolvições havidas no Caso Mensalão, repercutindo positivamente no nosso Direito e na nossa Sociedade.” (*Ibidem*, 2013, p. 92).

<sup>511</sup> “Outrossim, uma vez abordada, com maior especificidade, a tão discutida questão da imputação penal do dirigente no âmbito da criminalidade de empresa, restou demonstrado que o modelo a ser adotado deve decorrer,

Por fim, **Humberto de Souza Santos** adota critérios específicos para a aplicação do domínio da organização no âmbito empresarial. Humberto Santos entende que não é possível simplesmente transplantar o domínio da vontade por aparatos de poder aos delitos empresariais.<sup>512</sup> Em virtude disso, denominou como domínio da vontade fundado na dependência da estrutura econômico-profissional. De acordo com o seu pensamento, o delito praticado nesse ramo, por envolver uma organização de pessoas caracterizada pela divisão do trabalho, normalmente produz uma cisão entre responsabilidade e ação, que faz com que a lesão ao bem jurídico possa ser realizada por uma pessoa que ou não é a verdadeira responsável pela determinação ou não agiu com exclusiva responsabilidade. Humberto Santos elucida que não é correto afirmar que, em tais hipóteses, nunca estarão presentes a instrumentalização do homem da frente pelo homem de trás e o exercício, pelo homem de trás, do controle dos fatores eficientes para a produção do resultado.<sup>513</sup>

Com o intuito de adaptar a teoria proposta por Roxin, Humberto Santos discorre sobre a relação de dependência estrutural econômico-profissional, situação de domínio do fato no âmbito empresarial distinta do erro e da coação. Dentro dessa lógica, quanto maior o grau de

---

primariamente, da própria concepção de injusto penal. Destarte, partindo de uma teoria geral que conjuga o normativismo com a dimensão empírica, nos moldes de pensamento funcionalista teleológico-racional de Roxin e, no Brasil, com os contornos definidos por Juarez Tavares, rechaçamos o modelo essencialmente normativo construído a partir da ideia de infração de dever, em especial com base na teoria sistêmica radical de Jakobs. Assentadas essas noções, nos posicionamos no sentido da adoção da teoria do domínio do fato para os crimes comissivos dolosos em geral, inclusive na modalidade do domínio da organização, também no âmbito da criminalidade de empresa, conquanto que verificados todos os seus pressupostos no caso concreto. Por outro giro, em se tratando de uma conduta omissiva por parte do dirigente empresarial, há que se perquirir a sua posição de garante no caso concreto, e, portanto, da configuração de um delito comissivo por omissão.” (DUTRA, 2012, p. 186).

<sup>512</sup> “O grande equívoco das discussões a respeito da autoria mediata no âmbito empresarial é a insistência em vislumbrar sua possibilidade a partir de uma mera transferência dos requisitos do domínio da organização por meio de aparatos de poder. Trata-se de uma transposição controvertida a organizações empresariais lícitas de um raciocínio destinado a incidir sobre estruturas hierárquicas desvinculadas do direito, típicas de Estados totalitários, organizações terroristas ou mafiosas. Com efeito, não parece viável que um eventual domínio do fato existente entre membros de uma empresa esteja fundado numa hierarquia vertical rígida, com subalternos fungíveis e atividade afastada do ordenamento jurídico.” (SANTOS, 2015, p. 123).

<sup>513</sup> “Entretanto, não é correto afirmar que, em tais casos, nunca estarão presentes a instrumentalização do homem da frente pelo homem de trás e o exercício, pelo homem de trás, do controle dos fatores eficientes para a produção do resultado. Ao contrário, tais características comuns aos casos de autoria mediata, que revelam o domínio da vontade, ocorrem com frequência no âmbito de organizações empresariais, embora não se confundam com as três modalidades mais difundidas. Isso decorre da própria natureza de tais organizações, ainda que não esteja necessariamente restrito a elas, e pode levar à geração de relações de dependência estrutural de características econômicas e profissionais. Dependência estrutural que não se equivale a uma mera relação de dependência econômico-profissional, naturalmente existente, em maior ou menor grau, nas organizações empresariais, mas aquela que atinge um nível estrutural, capaz de tornar o executor um instrumento e o emissor da ordem um verdadeiro senhor de sua vontade.” (*Idem*, p. 122-123).

dependência econômico-profissional, maior será a pressão psíquica sofrida pelo membro da empresa para a prática do delito.<sup>514</sup>

Para a configuração dessa possibilidade, são elencados três requisitos.

O primeiro desses requisitos é a constatação de que a perda da função possa causar relevante prejuízo econômico e profissional ao homem da frente. Justifica que, em tal hipótese, ainda que tal opção de não cumprir a ordem resultasse em seu desligamento da empresa, as circunstâncias desfavoráveis de uma situação de desemprego seriam abrandadas devido à segurança financeira e à credibilidade profissional que lhe restariam, evitando, desse modo, eventual pressão psíquica a ponto de colocá-lo na posição de instrumento.

O segundo requisito seria que o homem da frente dificilmente seria absorvido pelo mercado em função do nível equivalente ao exercido na organização econômico-profissional. Esse argumento seria exigível porque a possibilidade de realocação no mercado de trabalho causaria pressão psíquica de tolerabilidade temporal previsível.

Por fim, o terceiro requisito, necessariamente cumulativo com os demais, demandaria que o desligamento do homem da frente fosse incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização econômico-profissional. Humberto Santos discorre que o desligamento de determinados funcionários pode acarretar um rebaixamento financeiro ou técnico cujo prejuízo não compensaria seu afastamento.

Diante desse panorama, reunidos esses requisitos, haveria segurança em afirmar que os fatores corporativos influenciariam a produção do resultado desejado pelo empresário.

### 3.4 Conclusão

A legislação penal brasileira permite a interpretação de que é possível fazer a distinção entre autoria e participação, inclusive para o concurso de agentes que envolvem delitos especiais. Quanto a essa forma de incriminação, o *extraneus* também pode assumir a condição de autor, desde que atue com domínio funcional do fato em conjunto com o *intraneus*.

A omissão imprópria assume maior relevância nos delitos empresariais, e também é possível entender que exista concurso de agentes em condutas omissivas, qualificando sempre como autor a pessoa que detenha a posição de garante do bem jurídico tutelado.

---

<sup>514</sup> “Quanto maior o grau de dependência econômico-profissional, maior será a pressão psíquica sofrida pelo membro da empresa no sentido da prática do delito, o que lhe dá uma característica mais próxima da coação do que do aparato de poder.” (*Idem*, p. 124).

A jurisprudência dos Tribunais nacionais, ao seu turno, acolhe a teoria do domínio do fato, ensejando um efeito pragmático sobre a responsabilidade dos empresários. Esse fator não deve ser desconsiderado, mas carece de maior refinamento científico.

Parte da doutrina, por sua vez, encontra óbice em transplantar o domínio da organização para os delitos empresariais, razão pela qual essas questões suscitam ser abordadas com mais detalhes.

#### **4 A RESPONSABILIDADE PENAL POR CRIMES EMPRESARIAIS NO ÂMBITO DA RELAÇÃO HIERÁRQUICA**

Conforme mencionado ao longo deste trabalho, é necessário que se construam aportes teóricos que solucionem, razoavelmente, os conflitos criminais advindos pelos novos tipos penais. Muñoz Conde tem razão ao falar sobre a necessidade de a dogmática jurídico-penal ter que revisar o conceito de autoria para se adaptar à fenomenologia criminal da delinquência de grandes grupos ou organizações<sup>515</sup>, inclusive as empresariais.

Em virtude dessa necessidade, que parece somente ser desconsiderada pelos adeptos a um Direito Criminal reduzido ao Direito Penal clássico, a doutrina vem se esforçando em fornecer respostas satisfatórias. Prova disso é o desenvolvimento desta matéria em países como Alemanha, Espanha, Portugal, e mais recentemente no próprio Brasil. De forma semelhante, o Poder Judiciário é chamado a resolver novos conflitos, nem sempre ofertando respostas dogmáticas aceitas pelos estudiosos do Direito Penal.

Entre os avanços científico-dogmáticos para se verificar a responsabilidade daqueles que detêm maiores poderes no âmbito empresarial está o desenvolvimento da teoria do domínio do fato e a responsabilidade por omissão imprópria. Paralelamente a isso, também há a teoria sobre competências que serve para identificar a autoria. Esses aportes teóricos, na linha defendida neste trabalho, auxiliariam na maior parte dos problemas que surgem no âmbito do Direito Penal Empresarial, especificamente no que tange às ações comissivas e omissivas dolosas.

É prudente registrar que, para qualquer imputação penal, é necessário que exista prova para a identificação da autoria e da participação. Em outras palavras, a posição ocupada por alguma pessoa não é elemento suficiente para demonstrar a responsabilidade penal. Exige-se a indicação de elementos concretos pelos quais alguém pode ser responsabilizado por um fato criminoso. Como não poderia ser diferente, essa regra também é aplicável na órbita empresarial.

Essas considerações são imprescindíveis, porque não se pode olvidar que a teoria do domínio do fato surgiu para, basicamente, diferenciar autor e partícipe e a omissão imprópria pressupõe que determinadas pessoas são garantes que evitam um resultado danoso. Então, a

---

<sup>515</sup> “Parece, pues, que la Dogmática jurídico-penal, que con construcciones como la teoría del dominio del hecho consiguió superar las insuficiencias de la teoría objetivo-formal para fundamentar la responsabilidad directa del autor mediato, tiene también aquí que llevar a cabo una revisión del concepto de autoría, mediata o coautoría, adaptándola a la realidad de la fenomenología criminal de la delincuencia cometida en el ámbito de grandes grupos u organizaciones.” (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 75).

simples afirmação de que um sujeito detém o domínio do fato ou estava na posição de garantidor não oferece resposta satisfatória.

No que tange à teoria sobre a repartição de competência, o método de identificação da responsabilidade parte de lógica diversa das categorias de domínio, mas neste trabalho (próximo capítulo) se demonstrará a sua utilidade para identificação da responsabilidade penal em organizações empresariais complexas. Por certo, também dentro dessa teoria, com raiz normativa radical, também deverão ser vislumbrados elementos empíricos de identificação da responsabilidade criminal, sob pena de se aproximar da responsabilidade penal objetiva.

#### 4.1 A necessidade de prova para qualquer condenação penal

Ao explicarem sobre a teoria do domínio do fato, Luís Greco e Alaor Leite informam que a referida teoria não define autor, mas apenas um critério que impõe diretriz para a sua identificação. Caso se afirme que alguém é autor ou partícipe em decorrência da afirmação de que detém o domínio do fato a assertiva será vazia de conteúdo. Há de se concordar com essa crítica, porque, para se definir os graus de responsabilidade de cada agente, é necessário especificar quais as circunstâncias concretas elucidam que determinado agente é o senhor do fato.<sup>516</sup>

A ideia de se destacar tópico específico sobre elementos concretos de aferição da responsabilidade penal tem por intuito deixar claro que, seja qual for a teoria aplicada para a distinção entre autor e partícipe, a indicação da responsabilidade penal depende de prova de conhecimento ou potencial conhecimento a respeito de práticas delitivas.

Deve-se evitar a criação de um imaginário de que, pelo simples fato de uma agente ocupar grau superior hierárquico em uma empresa, automaticamente será o senhor do fato. Essa presunção não pode desembocar em qualquer responsabilidade penal, pois esta não se confunde com os postulados cíveis. Disso resulta a importância da existência de balizas norteadoras do real domínio do fato, inclusive a identificação de fatores que poderiam legitimar a atribuição ao agente da posição de garante.

<sup>516</sup> “A ideia de domínio do fato não é uma definição de autor, mas um *critério reitor* que deve ser concretizado não pelo juiz no caso concreto, e sim pela doutrina diante de grupos de casos: <<Não se trata de uma descrição da autoria, mas de um critério formal, um ponto de apoio metodológico.>> Com a teoria do domínio do fato, <<não foi encontrada a fórmula mágica, da qual se possa deduzir um resultado diante de uma qualquer situação>>. No dia-a-dia forense, isto é, no momento de resolver se, em um caso concreto, A é autor ou mero partícipe, de nada serve afirmar <<autor, porque tem o domínio do fato>> ou <<partícipe, porque lhe falta o domínio do fato>>. Tais afirmações são vazias de conteúdo, na medida em que o fundamental é determinar quais circunstâncias concretas fazem do sujeito o senhor do fato.” (GRECO; LEITE, 2014, p. 40).

Segundo Luís Greco e Alaor Leite, ocupar determinado cargo não induz sua responsabilização nem mesmo pela dicção do artigo 29 do Código Penal. Greco e Leite advertem que a teoria do domínio do fato é até mais restritiva que a disposição prevista no referido artigo, uma vez que entendem que a legislação brasileira teria adotado o sistema unitário.<sup>517</sup>

Por certo, para uma linha investigativa, é válido deduzir que, quem ocupa alta posição em uma empresa, mais poder tem tanto para determinar o que se fazer quanto para determinar a abstenção de um fazer.

Imagine-se que uma grande empresa fabrique equipamentos de telecomunicações e que o dispositivo utilizado em celulares aumenta a possibilidade de explosão.<sup>518</sup> Disso se pode criar algumas variáveis problemáticas como a hipótese de o órgão de direção da empresa ter cortado custos e diminuído deliberadamente os testes para comercialização do produto, ou que, efetivamente, a tecnologia implementada era de conhecimento de empregados subordinados, e não do dono da empresa. Se o dono da empresa não possui conhecimento técnico sobre os produtos, com atribuição de somente administrar a situação estratégica empresarial, a linha de investigação já não se redireciona para o proprietário. Quer se dizer com isso que a questão do conhecimento da prática do ilícito depende sempre de aferição concreta e cada caso oferta certa dedução de quem pode ter a ciência do ilícito. Nesse mesmo exemplo, pode-se questionar se os relatos com possíveis problemas que poderiam advir não seriam repassados para o dono da empresa, ainda que não tivesse conhecimento técnico avançado sobre a produção do produto.

Por certo, há certas circunstâncias que pressupõem responsabilidade. Na opinião de Rodrigo de Grantis, a responsabilização dentro de uma esfera valorativa de condutas deve recair no topo da administração. Essa afirmação seria para todos os casos em que o fato praticado demanda um poder de comando ou um poder de gestão. Grantis realiza essa

---

<sup>517</sup> “Ocupar uma posição de destaque ou mesmo de comando de um grupo em que uma pessoa plenamente responsável pratica uma dessas condutas não faz de ninguém, por si só, autor dessas condutas. Aliás, tal não é o caso nem mesmo com base na leitura tradicional do art. 29, caput, CP: ter uma posição de comando não significa, necessariamente, concorrer, causar o fato. Confirmando o que dissemos, que a teoria do domínio do fato é, no geral, não mais extensiva e sim mais restritiva que o conceito extensivo de autor em que se baseia o art. 29, caput, CP, aqui só será possível falar em autoria se o chefe de um grupo emite uma ordem dentro de uma estrutura que atenda aos requisitos do domínio da organização (estrutura verticalizada, dissociação do direito, fungibilidade do executor, supra 3.2.), ou da coautoria (decisão comum, contribuição relevante [na fase de execução?]).” (*Idem*, 2014, p. 41).

<sup>518</sup> REVISTA EXAME. Tecnologia. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/por-que-o-samsung-galaxy-note-7-explode-e-pega-fogo/>> Acesso em: 13 dez. 2016.

assertiva dentro da análise da Lei nº 7.492/1986, cujo artigo 25<sup>519</sup> indica pessoas que poderiam exercer posição de comando na instituição financeira.<sup>520</sup>

Essas afirmações devem ser complementadas com a assertiva de que, sempre que um fato exigir um poder de comando ou um poder de gestão, esse poder deve ter sido efetivamente exercido, ainda que de forma omissiva.

No afã de orientar a resolução de problemas relacionados ao domínio dos fatos, em especial nos crimes econômicos, o legislador previu, textualmente, a responsabilidade de determinados ocupantes de cargos empresariais. Tanto o artigo 25 da Lei nº 7.492/1986, quanto o artigo 75 da Lei nº 8.078/1990 e o artigo 11 da Lei nº 8.137/1990 não servem, por si sós, de parâmetro para imputar como autores os cargos mencionados nesses dispositivos. Na opinião de Marcos Daniel Veltrini Ticianelli, esses artigos seriam desnecessários e bastaria a utilização do artigo 29 do Código Penal.<sup>521</sup> Esses dispositivos somente possuem eficácia se forem interpretados e conjugados com base empírica para demonstração da responsabilidade.

Esse posicionamento encontra ressonância na jurisprudência brasileira. Embora as decisões dos Tribunais sobre a aplicação da teoria do domínio do fato para delitos

<sup>519</sup> Artigo 25 da Lei nº 7.492/1986:

“São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).”

<sup>520</sup> “Sob o aspecto axiológico, a responsabilização penal deve recair sobre as pessoas que estão no topo das sociedades empresariais complexas. A Lei n. 7.492/1986 esteve atenta a esta realidade, ainda que de forma involuntária. O art. 25 da referida lei estabelece a responsabilização penal dos administradores e controladores das instituições financeiras, assim considerados os diretores e dirigentes. Isso não significa que todo e qualquer crime da Lei n. 7.492 só possa ser praticado pelas pessoas nominadas no seu art. 25, mas significa que em todos os casos em que se exigir um poder de comando, um poder de gestão, de um fato praticado no âmbito de uma instituição financeira (como acontece no crime de gestão fraudulenta de instituição financeira ou no crime de operar instituição financeira sem autorização legal), a responsabilização penal deve recair sobre o topo, vale dizer sobre o administrador e o controlador das instituições financeiras, assim considerados, como dito, os diretores e gerentes.” (GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 340).

<sup>521</sup> “Partindo da premissa de que a regra geral não vinha cumprindo o seu papel, principalmente no tocante à punição dos agentes delitivos, foram criadas normas específicas na legislação penal especial com o objetivo de atribuir a determinadas pessoas, independente de suas condutas, a responsabilidade por eventos que signifiquem lesão a bens jurídicos protegidos. A ideia fundamenta-se basicamente na absoluta necessidade de que haja uma pessoa a ser responsabilizada, seja ela física ou jurídica. De certo acreditava o legislador que dessa forma o sentimento de impunidade social diminuiria, e também que a intimidação dos agentes envolvidos no meio econômico resultaria em efetiva prevenção de delitos. Nesse contexto foram criadas as normas neste trabalho analisadas, em substituição à regra geral do Código Penal. Ocorre que a norma especial somente possui validade quando atrelada às premissas constitucionais. A criação de normas que ampliam a responsabilidade penal das pessoas independentemente de suas condutas, exclusivamente pautadas nos cargos e funções exercidos, encontrou absoluta barreira no princípio da culpabilidade, revelando-se inconstitucional e atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, verificou-se em todos os artigos objeto de estudo que a tentativa do legislador em inovar e aprimorar o concurso de pessoas restou infrutífera, revelando atuação inócua diante da regra geral do art. 29 do CP, pautada na responsabilidade humana e subjetiva, que em todas as circunstâncias analisadas prevalece em detrimento da lei especial.” (TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. A inconstitucionalidade de normas específicas do concurso de pessoas na legislação penal especial econômica. *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 5, n. 9, p. 263-273, jul./dez. 2008).

empresariais sejam criticadas pela doutrina, encontram-se lúcidas manifestações que indicam que o Poder Judiciário, embora nem sempre se utilize do refinamento dogmático desejado pela opinião abalizada, sabe discernir algumas premissas básicas sobre a responsabilidade penal. Uma dessas manifestações consta no voto do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da Ação Penal nº 470, no qual deixou muito claro que, mesmo com a invocação da teoria do domínio do fato, era imprescindível que o Ministério Público apresentasse prova idônea, lícitamente produzida, sob a égide do contraditório, a demonstrar a culpabilidade do acusado.<sup>522</sup>

Verificada essa distinção entre provas sobre responsabilidade e domínio do fato, passa-se a discorrer sobre o domínio do fato nas sociedades empresariais.

#### 4.2 As diversas estruturas das sociedades empresariais e as espécies de domínio fato

Analisados os elementos norteadores da identificação da culpabilidade, vale mencionar que, neste trabalho, a aplicação da teoria do domínio fato serve para distinguir autoria e participação também no âmbito empresarial. Essa afirmação, todavia, ainda deixa uma série de lacunas ante a diversidade com que as condutas no seio empresarial podem se apresentar e as vertentes da mencionada teoria.

Como visto no capítulo II, a teoria do domínio do fato é subdividida em três espécies, quais sejam, o domínio da ação, o domínio funcional do fato e o domínio da vontade. O domínio da vontade, por sua vez, é subdividido em domínio mediante erro de outrem, domínio por coação e domínio decorrente dos aparatos organizados de poder. Defende-se aqui que, a depender da dinâmica da realização dos atos dos agentes econômicos em delitos comissivos, uma dessas formas de domínio poderá ser utilizada para justificar a punição a título de autor ou de partícipe.

Essa variação da forma de domínio vai depender da grandeza da organização empresarial. Há situações menos complexas, como é o caso do microempresário proprietário de um minimercado, sabendo que o produto alimentício está com prazo de validade vencido,

<sup>522</sup> Trecho do voto do Ministro Celso de Mello na Ação Penal nº 470: “**Cabe insistir** na observação *de que a mera invocação* da teoria do domínio do fato **não basta, só por si, para exonerar** o Ministério Público *do gravíssimo ônus de comprovar*, para além *de qualquer* dúvida razoável, **e sempre** com apoio em prova idônea, **lícitamente** produzida *sob a égide do contraditório*, **a culpabilidade** do réu, **pois - nunca é demasiado reafirmá-lo - o princípio do estado de inocência**, em nosso ordenamento jurídico, **qualifica-se**, constitucionalmente, **como insuprimível direito fundamental de qualquer** pessoa, *que jamais se presumirá culpada em face* de acusação penal contra ela formulada, **tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado.**” (fls. 56.819).

impróprio para o consumo. Mesmo assim, expõe a mercadoria à venda.<sup>523</sup> Seja como sociedade unipessoal, seja naquelas sociedades em que apenas se coloca o nome do sócio de forma figurativa, onde sequer há empregados, a conduta praticada poderá perfeitamente se amoldar ao domínio da ação. O empresário incide diretamente no tipo penal.<sup>524</sup>

Também não parecem ressoar dúvidas de que, nos casos em que o empregado atua sem conhecimento da prática do ato ilícito, ou seja, atua como simples instrumento, a própria teoria do domínio do fato com as explicações de Hans Welzel já era suficiente para solucionar a questão. Na manipulação de mercado<sup>525</sup>, cuja ilicitude possa ser comandada pelo gestor da corretora de valores mobiliários, a ordem é emitida para os diversos funcionários (*brokers*) que cumprirão a estratégia delimitada pela corretora, sem necessariamente saberem os motivos da execução do ato ilícito. Neste caso, os *brokers* atuarão como meros instrumentos, e o gestor da corretora, detentor do domínio do fato (conhecimento sobre a ilicitude), será autor.

A consciência da ilicitude será um divisor de águas para se constatar se o executor é um mero instrumento ou autor do delito.<sup>526</sup>

Com relação às condutas ilícitas praticadas por empregados que são coagidos pelo empregador, há a possibilidade de aplicar o domínio por coação e a explicação está calcada no déficit relevante de autonomia da conduta do executor em decorrência da ameaça.

Nos termos do artigo 22 do Código Penal brasileiro, “*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.*” Essa excludente de punibilidade

<sup>523</sup> Artigo 7º da Lei nº 8.137/1990:

“Constitui crime contra as relações de consumo:

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;”

<sup>524</sup> “Parece obvio que el empresario responderá como autor cuando haya realizado la acción típica con dominio del hecho, o en los casos de comisión por omisión, que son los que aquí interesan, que haya omitido la realización del comportamiento exigido habiendo tenido la posibilidad de evitar el resultado típico.” (TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 39).

<sup>525</sup> Art. 27-C da Lei nº 6.385/1976:

“Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas, com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros: (Artigo incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001).

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001).”

<sup>526</sup> “É claro, porém, que no âmbito das empresas e em razão da técnica de divisão do trabalho, frequentemente sucede que os vários trabalhadores que integram o processo produtivo não têm consciência da ilicitude dos seus actos e nessa medida actuam apenas como executantes, como instrumentos dos autores mediatos. Sempre que tal não suceda e o trabalhador tenha consciência da ilicitude do acto em que participa, é por ele responsável, nos termos gerais do direito penal.” (SILVA, 2009, p. 324).

demanda algumas explicações, porque, quando um empregado cumpre uma ordem manifestamente ilegal, sempre se poderá cogitar que praticou a conduta sob a ameaça de ser demitido. Essa afirmação, muitas vezes verídica, não serve de escusa à coação. Essa pressão psíquica deve impor um mal grave não atrelado às relações funcionais da empresa. Não ser promovido ou ser demitido não são ameaças que diminuem o discernimento de atuar conforme a lei.

Ana Isabel Pérez Cepeda, ao discorrer sobre a organização criminal empresarial e reconhecer seus específicos problemas de identificação da autoria, menciona expressamente, além da estrutura horizontal, a estrutura vertical de trabalho que se apoia no princípio da hierarquia. Nesse último plano, admite que a conduta daquele que recebeu a ordem poderá ser analisada também sob a óptica da justificação e da exculpação.<sup>527</sup>

Partindo do pressuposto que o domínio da ação, o domínio do erro e o domínio pela coação são ilustrações que suscitam menos dúvidas, ainda que alguma discordância em pontos específicos deles possa surgir, a questão nodal da teoria do domínio do fato é, sem dúvida, a aplicação do domínio da organização e com esse tema se traz de arrasto o domínio funcional do fato. A atração da coautoria ocorre porque, muitas vezes, a dinâmica apresentada se mostra como uma conjugação de esforços para um atuar específico, ainda que presente a hierarquia entre o empregador e o empregado.

Para elucidar essas questões, é necessário estabelecer balizas para discernir quando haverá coautoria e quando haverá autoria mediata.

### 4.3 A questão da autorresponsabilidade

A autorresponsabilidade é um dos fatores que leva boa parte da doutrina a não admitir a existência da autoria mediata em concorrência com a autoria imediata. Essa resistência

---

<sup>527</sup> “Por ende, no debemos olvidar que, en la organización criminal empresarial, presenta problemas específicos, dado que habitualmente el plan delictivo común parte de una decisión adoptada por un órgano colegial - el Consejo de Administración - y existe una delegación de competencias. Estos fenómenos, aunque pueden presentarse también en la criminalidad estatal - el Consejo de Ministros - y organizaciones complejas, no suelen ser característicos del resto de la delincuencia organizada. También aparecen problemas particulares en la atribución de responsabilidad penal de los delitos cometidos a través de una organización empresarial, puesto que éstas se estructuran en el plano horizontal a través de la división del trabajo y en el plano vertical se apoya en el principio de jerarquía. Precisamente, en el plano vertical, que existe en cualquier organización jerárquica (empresarial o no), por el desplazamiento de las estructuras, no sólo surgen cuestiones acerca de si junto a la responsabilidad del ejecutor directo del delito (subordinado) deben responder penalmente el superior o superiores, sino también, si estos últimos en la empresa quedan exonerados de pena no cuando, en su caso, hubiera habido una delegación de competencias. Ahora bien, cualquier intervención, de varias personas ordenada jerárquicamente en la comisión de un hecho delictivo cuando la conducta delictiva del subordinado se debe a que ha recibido una orden o instrucción tiene como presupuesto el análisis de la posible exención de responsabilidad penal, conforme a las teorías de la justificación y la exculpación.” (PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 107-108).

estaria relacionada com a circunstância de que o agente intitulado como autor direto teria a capacidade de discernir se o fato criminoso seria ou não praticado.

Segundo o entendimento de Humberto Souza Santos<sup>528</sup> e de Luís Greco<sup>529</sup>, o princípio da autorresponsabilidade não pode ser entendido como um princípio geral de direito. Por isso, declaram que não há fundamento sólido para se proibir a imputação a um sujeito responsável concomitantemente a outro sujeito também responsável, desde que em relação a este último seja mantida intacta a imputação que lhe é cabível. Os argumentos impeditivos da utilização do *autor atrás do autor*, justificam, deixam de ter respaldo quando o conceito de domínio da vontade é interpretado de maneira mais fática do que normativa, ou seja, a partir da compreensão de domínio como poder ou controle de fato sobre a concretização do tipo penal.<sup>530</sup>

Sob uma perspectiva criminológica, Roland Hefendehl disserta que uma pessoa pode se deixar influenciar pela coletividade na qual está inserida, para atender exigência de adaptação ou demandas de solidariedade que devem ser seguidas.<sup>531</sup> Não é somente a

---

<sup>528</sup> “Contudo, o princípio da autorresponsabilidade é geralmente posto em discussão sem que sua abrangência seja suficientemente esclarecida. Em primeiro lugar, o princípio da autorresponsabilidade não pode ser entendido como um princípio geral de direito, pois, num plano mais abstrato, significa, somente, que cada indivíduo é responsável por suas próprias ações e, num mais concreto, a vedação de se atribuir uma conduta a determinado autor nos casos em que possa ser atribuída preferencialmente a outro indivíduo plenamente responsável. Por isso, não apresenta nenhum fundamento sólido para se proibir a atribuição a um sujeito responsável de uma conduta livremente praticada por outro sujeito responsável, desde que em relação a este último seja mantida intacta a imputação que lhe é cabível. Tampouco é possível entendê-lo como um princípio válido apenas para os delitos de domínio, porque, nos casos de coautoria, ocorre a denominada imputação recíproca, que nada mais é do que uma forma de se também atribuir a um indivíduo uma conduta livremente praticada por outro indivíduo responsável.” (SANTOS, 2015, p. 117).

<sup>529</sup> “Na melhor das hipóteses, ao princípio da autorresponsabilidade pode ser atribuído o significado de caracterizar *um* grupo de casos no qual a autoria mediata pode ser afirmada: caso o homem da frente atue de forma não responsável, o domínio e, assim, a autoria mediata do homem de trás são mais facilmente afirmadas. O princípio não pode no entanto almejar nem a uma delimitação de todo o espectro da autoria mediata e do domínio da vontade e nem, com mais razão, à determinação da autoria de todos os delitos de domínio, isto é, de todos os delitos nos quais o conceito geral de domínio do fato é de significado fundamental. É menos plausível ainda defendê-lo como um princípio geral, válido para todo o Direito (Penal). É por isso que o princípio não oferece uma razão para duvidar da possibilidade de um autor por trás de um autor plenamente responsável e, especialmente, da autoria mediata por meio do domínio da organização.” (GRECO, Luís. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: \_\_\_\_\_ et al. *Autoria como domínio do fato*. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 214).

<sup>530</sup> “No entanto, esses argumentos perdem consistência à medida que o conceito de domínio da vontade é interpretado de maneira mais fática do que normativa, ou seja, a partir da compreensão de domínio como poder ou controle de fato sobre a concretização do tipo penal. Ao se estender o domínio da vontade nesse sentido, deve-se reconhecer que quem age por meio de uma organização exerce um controle mais intenso sobre o acontecimento do que aquele exercido por partícipes e mesmo superior ao da maior parte dos autores. Além disso, esse domínio fático do acontecimento não se limita a algo presente apenas nos casos em que o homem da frente atua sob coação ou em erro, mas é também possível de existir em outros contextos. E dentre esses contextos se encontram as organizações de aparato de poder ou aquelas que geram relações de dependência estrutural econômico-profissional, conforme os requisitos aqui propostos.” (SANTOS, *Op. cit.*, p. 129-130).

<sup>531</sup> “CLINARD Y QUINNEY han descrito que el individuo se deja influir por las reglas de comportamiento dentro de una empresa. Estas reglas pueden hacer perder su validez a las reglas jurídicas. SYKES Y MATZA

existência de uma instância superior que influenciaria a tomada de decisão por uma pessoa autorresponsável, mas também outros fatores como frequência, prioridade, duração e intensidade com que essa pessoa autorresponsável tenha contato com as definições desfavoráveis em contraste com a obediência à lei.<sup>532</sup>

O fator autorresponsabilidade é importante para discernir quando uma pessoa é simplesmente utilizada como instrumento, mas também não desqualifica o argumento da autoria mediata quando se constata a influência criminógena coletiva sobre o indivíduo, mediante um aparato eficaz.

Portanto, levando em consideração a autorresponsabilidade e a relação de domínio sobre o fato para se distinguir a autoria da participação, passa-se então a analisar as teorias propostas por Roxin (domínio da organização e domínio funcional do fato) para verificar se é possível a sua aplicação no âmbito empresarial.

#### **4.4 A aplicabilidade dos fundamentos da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais**

Diante da vivacidade de casos que podem surgir em delitos envolvendo empresas, como reiteradamente mencionado neste trabalho, cada circunstância específica deve ser analisada e verificada a base material para vislumbrar possível enquadramento em uma das hipóteses da teoria do domínio do fato.

Com essa diversidade de acontecimentos é exigível fundamentar os motivos pelos quais se poderia cogitar que algumas pessoas, que não sejam executoras diretas, mas que apenas organizam e controlam a sua execução, sejam consideradas as principais responsáveis pelo crime.<sup>533</sup>

---

hablan de una “instancia superior”, que hace aparecer el comportamiento del individuo como algo legítimo y normal. Ya en 1952 CRESSEY había observado la posibilidad, en el ámbito de la criminalidad económica, de que los autores pueden tener una apreciación diferente de su comportamiento, que les permite definir su conducta como algo distinto a un hecho punible. Aunque los modos de comportamiento internos al grupo no puedan no haberse interiorizados, el particular puede dejarse influir por el colectivo en cuanto a que ciertas exigencias de adaptación o ciertas solidariedades que deben seguirse.” (HEFENDEHL, 2004, p. 52).

<sup>532</sup> “Como dito, o preponderante é a frequência, prioridade, duração e intensidade com que a pessoa está em contato com as definições desfavoráveis ou não à obediência da lei. A criminalidade não é o resultado de um déficit de socialização, mas, ao revés, de uma socialização diferencial. Essa formulação significou uma mudança radical no paradigma então imperante de explicação do fenômeno da criminalidade, seja com patologias individuais, seja com patologias sociais.” (SOUZA, 2011, p. 111).

<sup>533</sup> “Ademais, desde o ponto de vista da responsabilidade penal, deve-se fundamentar como e por que se pode considerar como principais autores e responsáveis pelos crimes não os executores diretos, mas sim aqueles que decidem, organizam e controlam a sua execução.” (ALFLEN, 2014, p. 233).

É necessário visualizar a conduta dentro da empresa com a emissão de um comando comportamental. Embora os estudos da autoria e da participação devam ser calcados em bases funcionalistas, é natural que haja comparação com bases finalistas e até mesmo causalistas. Bernd Schünemann afirma que os órgãos de direção são como membros da extremidade e a direção da empresa como o centro nervoso. O penalista faz a referida analogia para demonstrar que o verdadeiro poder de decisão e a verdadeira influência do sucesso de uma empreitada criminosa tem como raiz a esfera do poder diretivo, que orienta e coordena os órgãos de execução.<sup>534</sup> Com efeito, o destinatário da norma do Direito Penal tem que ser a pessoa que toma a decisão sobre a execução sobre a lesão ao bem jurídico, que é aquela pessoa que domina o sucesso do evento e leva ao resultado criminal.<sup>535</sup>

Ana Isabel Pérez Cepeda explica que a doutrina, com o fim de verificar os verdadeiros culpados dentro de uma organização empresarial, tem desenvolvido duas teses. A primeira consiste na verificação da responsabilidade de baixo para cima, ou seja, parte do sujeito que executa imediatamente o fato delitivo para depois, dentro das regras clássicas de imputação, alcançar os órgãos de direção. A segunda tese consiste na verificação da responsabilidade de cima para baixo. Em outras palavras, inicialmente se verifica a responsabilidade do alto escalão até se chegar à base da empresa.<sup>536</sup>

---

<sup>534</sup> “Si queremos ilustrar el suceso empresarial con la imagen del organismo natural que sirve de base al concepto de acción jurídico penal, deberíamos entender los órganos de dirección como los miembros o extremidades y la dirección de la empresa como el centro nervioso, para así aclarar que el verdadero poder de decisión y con ello la verdadera influencia en el suceso radica en la instancia de dirección, que dirige a los órganos de ejecución exactamente igual que en el organismo natural el sistema central nervioso a los miembros o extremidades. En consecuencia, para poder determinar adecuadamente la responsabilidad penal de la dirección de la empresa, se tiene que penetrar en la fachada descriptiva del concepto de acción y después preguntar por qué se le puede imputar de forma razonable un suceso a una persona; cuál es, entonces, el *principio fundamental* que rige con perfecto derecho para la imputación de un suceso que lesiona un suceso que lesiona un bien jurídico a una persona en el Derecho penal, cuyo fin consiste en la prevención de lesiones de bienes jurídicos.” (SCHÜNEMANN, 2002, p. 131).

<sup>535</sup> “El destinatario de la norma del Derecho penal tiene que ser, evidentemente, la persona que toma la decisión sobre la ejecución de la lesión del bien jurídico, que ciertamente domina el suceso que conlleva al resultado criminal; o, como ya he formulado anteriormente, el que posee el *dominio sobre la causa del resultado*.” (*Idem*, p. 131).

<sup>536</sup> “Las estructuras básicas de imputación a título de autor o partícipe pasan por analizar la intervención de una pluralidad de personas en un hecho delictivo, teniendo como elemento característico en la criminalidad de empresa el progresivo alejamiento de la atribución de responsabilidad del hecho de la ejecución material. Normalmente, los dirigentes de la empresa, que permiten, deciden y ordenan la práctica de delitos, no llegan a tomar parte activa en su ejecución. La doctrina, con el fin de identificar a los verdaderos culpables e imputar la responsabilidad de todos aquellos que de alguna forma intervienen en la comisión de un delito realizado a través de una empresa, ha desarrollado dos tesis: la primera, la tesis tradicional o determinación de la responsabilidad de abajo hacia arriba, parte del sujeto que ejecuta inmediatamente el hecho delictivo, para después con las reglas clásicas de la imputación penetrar en el esquema jerarquizado de la empresa hasta determinar la responsabilidad de aquellos que integran los órganos de dirección de la empresa. La segunda tesis o determinación de la responsabilidad de arriba hacia abajo, examina, inicialmente, la responsabilidad del superior o superiores sobre la base de que en numerosas ocasiones los sujetos que se encuentran en los escalones más bajos de la organización, aunque realizan materialmente la conducta típica, no son responsables criminalmente. Entre las razones que se han argumentado para avalar esta segunda tesis son, por una parte, que político-criminalmente se

Para Guilherme Raposo Tavares, deve-se analisar de forma concreta como se deve adotar a intervenção penal, ou seja, como deverão ser selecionadas as condutas atentatórias aos bens jurídicos que estarão sujeitas a uma sanção penal.<sup>537</sup> Nessa seleção de condutas atentatórias deve se inserir o discernimento entre a autoria e a participação também como fontes propulsoras de atentado ao bem jurídico tutelado. As pessoas que detêm o poder de organização sobre instrumentos eficazes são as maiores responsáveis pelo malferimento do bem jurídico, tanto quando atuam na determinação de práticas ilícitas quanto na omissão à inevitabilidade de um dano.

Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos argumenta que parece haver consenso quanto à necessidade de se punir os diretores ou quem ocupa os altos cargos por fatos delitivos que ocorrem na empresa. A maior controvérsia existiria justamente em diferenciar, uma vez verificada a responsabilidade subjetiva, a autoria e a participação. As divergências doutrinárias, sobre a qualificação de autor ou de partícipe, aumentam a partir do momento em que as condutas estejam mais próximas a esses altos cargos.<sup>538</sup>

A decisão causadora do dano, como bem observado por Pérez Cepeda, tanto pode ser originada de um Conselho, ou seja, de um grupo de pessoas, como pode ter origem no comando emitido por apenas um administrador.<sup>539</sup> A análise da efetividade da hierarquia independe se a ordem foi emitida por um órgão colegiado ou por um administrador para fins de verificação da relação vertical.

debe castigar y perseguir a los verdaderos responsables del hecho punible, es decir, a quienes trazan el plano delictivo común para la comisión de un hecho delictivo, por la otra, la falta de efectividad preventiva de las normas penales cuando se castiga penalmente al ejecutor inmediato del hecho, situado en el escalón más bajo de la jerarquía.” (PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 107).

<sup>537</sup> “Assim, além de delimitar os fins do Direito Penal no Estado contemporâneo e de definir as principais características do bem jurídico penalmente protegido, faz-se necessário também analisar a forma concreta como se deve adotar a intervenção penal, ou seja, como deverão ser selecionadas as condutas atentatórias aos bens jurídicos que estarão sujeitas a uma sanção penal (PAREDES CASTAÑÓN, 2003, p. 142).” (RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e direito penal econômico. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 288).

<sup>538</sup> “Parece que existe unanimidad en cuanto a la necesidad de sancionar a los directivos o altos cargos por los hechos delictivos que se realizan en la empresa, siempre, claro está, que no se exija una responsabilidad objetiva. Sin embargo, no está claro em calidad de qué - autor o partícipe - deben responder estos directivos. Es más, a medida que nos acercamos a los sujetos que ocupan los puestos más altos de la empresa aumentan las discrepancias doctrinales sobre el grado de imputación de esos altos cargos.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 42).

<sup>539</sup> “En cualquier estructura organizada lo más frecuente es que las decisiones desde el centro de poder tienen lugar a distancia y en un momento anterior a la ejecución del delito, lo que dificulta la labor de investigación de quienes son los autores principales. Esta separación temporal y jerárquica entre personas que intervienen directamente en la ejecución material del hecho, que obran responsablemente, y aquellas que dirigen o toman las decisiones dentro de la misma, plantea el problema relativo a la autoría. Ello es así, incluso, en el ejecutor inmediato no se revela como el principal protagonista del hecho, sino que el plan delictivo parte de un órgano de dirección superior que puede ser unipersonal o un órgano colegiado.” (PÉREZ CEPEDA, 2002, 113).

Embora exista forte oposição da doutrina no sentido de não se estender a teoria do domínio da organização aos delitos empresariais, não há óbice que se faça juízo reflexivo sobre essas próprias críticas. Não se pode perder de vista que o detentor do domínio da organização empresarial poderá ser punido apenas a título de partícipe, enquanto o empregado, que executou materialmente uma função da qual estava subordinado, será punido como o autor do crime. Em razão dessa visão pragmática, cabe verificar se os delineamentos traçados pela teoria de Claus Roxin devem ser levados às últimas consequências na forma como foi por ele proposta.

Ao discorrer sobre as teorias do domínio, o próprio Roxin elucida a existência de distintas concepções sobre a teoria do domínio do fato.<sup>540</sup> Tanto é que, para desenvolvê-la, entendeu ser necessário aperfeiçoar dois assuntos. O primeiro diz respeito à forma e o conteúdo do domínio do fato e o segundo diz respeito à abrangência do conceito de autor.<sup>541</sup>

Toma-se de empréstimo seu entendimento para afirmar a impossibilidade de fixar elementos fixos de sentido. Segundo Roxin, as circunstâncias que convertem alguém na figura chave do sucesso da ação são numerosas e seu conhecimento requer um ato de compreensão espiritual.<sup>542</sup> Há que se verificar até que ponto devem existir limites nessa compreensão.

Segundo o próprio jurista alemão, não é possível entender o domínio do fato como um conceito indeterminado<sup>543</sup>, nem mesmo como conceito fixo. O domínio do fato, segundo sua própria concepção, é um conceito aberto<sup>544</sup> e esse conceito aberto, nos dizeres de Álvaro

---

<sup>540</sup> “Pero aún hay un segundo motivo que nos impide la crítica prematura. Una estimación valorativa presupone, si uno no quiere perderse en detalles inconexos, una concepción de las distintas concepciones de autoría y dominio del hecho.” (ROXIN, 2000, p. 129).

<sup>541</sup> “Estas dos dificultades nos plantean dos tareas. En primer lugar, a partir de las distintas opiniones sobre la forma y el contenido del dominio del hecho, hay que extraer una concepción de la que podamos decir que determina este concepto de la manera en que debe comprenderse correctamente, pues sólo si sabemos con exactitud qué contenido le corresponde con propiedad al concepto de dominio del hecho podremos juzgar acertadamente el valor epistemológico y los límites de esta teoría. Y en segundo lugar tenemos que desarrollar un concepto general de autor que nos permita tomar postura con respecto a las concepciones divergentes que existen, incluso entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho, acerca del contenido de este concepto y de la mayoría de las cuestiones concretas.” (*Idem*, p. 129-130).

<sup>542</sup> “Las circunstancias que convierten a alguien en figura clave del suceso de acción son numerosísimas y su conocimiento requiere un acto de comprensión espiritual.” (*Idem*, p. 144).

<sup>543</sup> “Por eso, si se quisiera entender el “dominio del hecho” como concepto indeterminado, no referible a ulteriores elementos concretos, habría que permanecer forzosamente en la directriz (elaborada *supra*) para la valoración judicial. Sin embargo, eso sería muy poco. Un punto de partida metodológico ofrece ciertamente la posibilidad de elaborar un concepto dogmáticamente útil, pero no puede suplir a este concepto. De onde se deduce que un concepto indeterminado de dominio del hecho no podría justificarse por la preformación social de su contenido.” (*Idem*, p. 140).

<sup>544</sup> “En segundo lugar, el concepto abierto, tal como se le entiende aquí, se caracteriza por que la descripción, ciertamente, por una parte delimita con precisión los casos típicos en la intervención de varios en el delito, permitiendo así acceder a un enjuiciamiento generalizador, pero, de outro lado, por que, allí donde lo impredecible de las posibles circunstancias veda cualquier solución generalizadora, mediante el empleo de principios regulativos, deja abiertos para la valoración judicial ciertos huecos.” (*Idem*, p. 148).

Enrique Márquez Cárdenas, é um princípio regulativo, cuja função concreta é assumida diante da grande variedade de possibilidades que o mundo fenomênico pode oferecer.<sup>545</sup>

Revisitando a teoria em questão, cabe consignar que o caso paradigma para a formulação foi o julgamento de Otto Adolf Eichmann, o qual foi considerado responsável pelo assassinato de milhões de judeus, mesmo sem ter praticado o delito de homicídio com a própria mão.<sup>546</sup> É importante observar esse paradigma, porque a base filosófica da formulação dessa específica autoria mediata tem por pressuposto determinadas circunstâncias delitivas que devem ser compreendidas em cada específica situação. A postura criminosa na esfera da sociedade empresarial deve ser vista com racionalidade própria quando comparada com qualquer outro fato delitivo.

Ao refutar a possibilidade de se utilizar da autoria mediata para os delitos empresariais, Roxin, como visto alhures, se utilizou de um exemplo no qual o superior hierárquico determina a um empregado que falsificasse um documento.<sup>547</sup> Quis demonstrar, com isso que, no seio da sociedade empresarial, não se poderia esperar automaticidade no cumprimento de ordens ilegais. Nesse passo, o aparato de poder concebido por Roxin, na opinião de Marín de Espinosa Ceballos, é excessivamente restrito.<sup>548</sup> Mostra-se razoável, então, observar sua linha de raciocínio para realizar algumas possíveis adaptações. Para tanto, serão revisitados cada um dos pilares que sustentam o domínio da organização.

---

<sup>545</sup> “Así mismo, comenta el profesor Bacigalupo que el dominio del hecho no es un concepto de límites fijos sino que admite ser descrito. El concepto abierto es un principio regulativo. Este asume su concreta función cuando la descripción es insuficiente a causa de la gran variedad de posibilidades que el hecho ofrece.” (MÁRQUEZ CÁRDENAS, 2005, p. 107).

<sup>546</sup> “La primera tuve ocasión de desarrollarla en 1963 a propósito del *caso Eichmann*. Éste era un funcionario nazi encargado y responsable de numerosos asesinatos de judíos, pero con sus propias manos no había matado a nadie.” (ROXIN, 1998, p. 74).

<sup>547</sup> “Un problema puesto de actualidad por la jurisprudencia reciente reside en si la autoría mediata en virtud de maquinarias de poder organizadas cabe trasladarla a las estructuras jerárquicas en el mundo empresarial (cfr. *Supra* pp. 677 s.). La cuestión se plantea asimismo en la doctrina, pero la mayoría de los casos se rechaza. Cuando en una gran empresa moderna que participa en la vida económica dentro del ordenamiento jurídico, un jefe de departamento exhorta a un empleado a cometer falsedad documental (*vid. supra* núm. 38 *in fine*), de llegarse a la comisión, es sólo inductor del delito cometido en concepto de autor por el empleado (aun cuando el empleado sea fungible), puesto de autor por empleado (aun cuando el empleado sea fungible), puesto que de una organización que trabaja en el marco de la legalidad debe esperarse que no hay que obedecer las órdenes antijurídicas; así lo prescribe, p. ej., la legislación de funcionarios. Un ejemplo gráfico de la extensión de la autoría mediata aplicándola a relaciones articuladas jerárquicamente lo proporciona la famosa sentencia de la interrupción del tratamiento médico, BGHSt 40, 257, que ya fue analizada *supra* (núm. 39).” (ROXIN, 2000, p. 729).

<sup>548</sup> “El aparato de poder concebido por ROXIN es, a nuestro juicio, excesivamente restringido.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 94).

#### 4.4.1 O poder de mando

Germano Marques da Silva afirma que, no funcionamento interno das empresas, as ordens são planejadas pela chefia, transmitidas aos diretores e cumpridas pelos subordinados. Dessa forma, a ação não pode ser vista de forma unitária, mas como resultado de uma complexidade de condutas concorrentes que decorrem desse poder de mando empresarial.<sup>549</sup>

De acordo com Claus Roxin, o domínio da organização está calcado no fato de o agente exercer um “poder de comando” no marco da organização. Essa organização deve estar desvinculada do Direito no âmbito de sua atividade penalmente relevante e os executores individuais devem ser substituíveis (fungíveis) de modo que, caso não se possa contar com determinado executor, outro ocupará o seu lugar. Conjugando esses três fatores haveria elevada propensão ao cometimento do fato pelo autor direto.<sup>550</sup>

No que tange especificamente ao poder de mando, Roxin afirma que somente pode ser autor mediato quem, dentro de uma organização dirigida rigorosamente, tem o poder de emitir ordens.<sup>551</sup>

Com efeito, o poder de mando no seio empresarial é algo empiricamente verificável. Não somente as ordens da chefia são um fator real de poder como, naturalmente, dentro da relação empregatícia, há hierarquia.

---

<sup>549</sup> “Pode dizer-se que o funcionamento interno da empresa se caracteriza porque o facto, qualquer facto, tanto o lícito como o ilícito, se realiza *faccionadamente*. Isto significa que, como regra, as pessoas que ocupam as posições de chefia são os que planeiam e ordenam a prática dos factos, lícitos ou ilícitos, ordens que são transmitidas aos executores pelos dirigentes intermédios e executadas por estes e pelos subordinados. Ou seja, os crimes praticados no âmbito das empresas não podem ser concebidos como acções unitárias individuais, mas como o resultado de uma complexidade de condutas concorrentes, unificadas em função da própria actividade empresarial.” (SILVA, 2009, p. 333).

<sup>550</sup> “O domínio da organização, segundo a última versão de minha teoria, depende de três pressupostos: (1) o agente deve exercer um “poder de comando” (*Befehlsgewalt*) no marco da organização, (2) a organização deve ter se desvinculado do Direito no âmbito de sua atividade penalmente relevante, e (3) os executores individuais devem ser substituíveis (fungíveis), de tal modo que, no caso de não se poder contar com um determinado executor, outro ocupe o seu lugar.

Esses três pressupostos ensejam uma elevada propensão ao cometimento do fato pelo autor direto, por três razões: em primeiro lugar, porque no âmbito da organização de poder a ordem exerce a pressão no sentido de seu cumprimento; em segundo lugar porque a desvinculação do sistema em relação ao direito faz com que o executor suponha que não há razão para temer consequências penais; e, em terceiro lugar, porquanto a fungibilidade do executor induz à ideia de que o fato não depende da sua conduta, uma vez que, mesmo sem ele, outro de todo modo o realizaria.” (ROXIN, 2013, p. 311).

<sup>551</sup> “Sólo puede ser autor mediato quien, dentro de una organización dirigida rigurosamente tiene poder de impartir órdenes, y utiliza este poder para la realización del tipo. Entonces, el comandante de un campo de concentración nazi era autor mediato de los asesinatos que él ordenó, aun cuando él mismo actuó por órdenes de jerarquías superiores. Es por eso que, en los diferentes niveles de la jerarquía de mandos, pueden haber muchos autores mediatos, uno detrás del otro. Por el contrario, el personal de servicio en tal campo de concentración solamente puede ser penado por complicidad cuando, si bien ellos promovieron los delitos conscientemente a través de alguna acción, no ordenaron por sí mismos la comisión de homicidios ni tampoco participaron en su ejecución.” (*Ibidem*, 2009, p. 59).

O poder de direção, nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento, é a faculdade mantida pelo empregador de determinar o modo de execução da prestação do trabalho para que possa satisfazer o seu interesse.<sup>552</sup>

Os artigos 3º e 4º da Consolidação das Leis Trabalhistas preveem que “*Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*” e também que “*Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada*”. Não significa que os dispositivos da legislação celetistas sejam o fundamento do poder de mando de uma empresa, mas apenas são molas propulsoras da legitimidade de um poder de fato. Em outras palavras é a disciplina jurídica de uma situação de fato já existente, pois pode existir relação de poder sem que exista vínculo empregatício. Dentro das relações empresariais entre contratante e contratado podem existir forças reais de poder.

Segundo Germano da Silva, a sociedade empresarial possui estrutura, com menor ou maior dimensão, voltada para o fornecimento de bens e serviços. Os colaboradores da empresa, os empregados, são utilizados para a consecução de seus fins e, por isso, a empresa pode confiar no cumprimento das determinações relativas à atividade empresarial. Assim, o maior ou menor acatamento das ordens, inclusive em situações de ilicitude, é natural como a obediência ou desobediência de qualquer ato. Algumas ordens podem ser cumpridas, outras não, mas, ao fim, os administradores sabem poder contar com a ideia de que muitos dos seus colaboradores estarão dispostos a cooperar na atividade criminosa por eles determinada com receio de perderem os seus postos de trabalho.<sup>553</sup>

A questão da influência na predisposição da prática do ato ilícito não está relacionada somente com o poder de mando do empregador.

---

<sup>552</sup> “Empregado é um trabalhador cuja atividade é exercida sob *dependência* de outrem para quem ela é dirigida. Nossa lei usa a palavra “dependência”. No entanto, em lugar dela, generalizou-se hoje outra expressão, a palavra “subordinação”, da maior importância, uma vez que permite dividir dois grandes campos de trabalho humano: o trabalho subordinado e o trabalho autônomo. Empregado é um trabalhador subordinado. Se o trabalhador não é subordinado, será considerado trabalhador autônomo, não empregado.” (NASCIMENTO, 2009, p. 163-164).

<sup>553</sup> “A empresa é uma estrutura organizada que tem por finalidade desenvolver uma actividade empresarial que é concretizada, em cada momento, pela sua administração. Os trabalhadores e demais colaboradores da empresa são <<instrumentos>> para a realização do projecto empresarial, estão ao seu serviço para a realização dos seus fins. Por isso que a administração da empresa pode confiar que as suas determinações relativas à actividade empresarial serão cumpridas, com mais ou menos resistência por parte dos seus colaboradores e mesmo em situações de ilicitude, ou seja, em situações em que as ordens da administração conduzam à prática de crimes, os administradores sabem poder contar que muitos dos seus colaboradores estão dispostos a cooperar na actividade criminosa por eles determinada com receio de perderem o seu posto de trabalho ou pelos menos as graças dos patrões com prejuízo das suas carreiras e benefícios.” (SILVA, 2009, p. 340-341).

O fator crítico da aplicação da teoria do domínio da organização está mais atrelado à desvinculação da ordem jurídica e à fungibilidade dos executores, ou seja, o simples fato de existir poder de mando, apesar de ser natural nas relações laborais, não criaria, isoladamente, a predisposição para a prática de delitos.

#### 4.4.2 A desvinculação da ordem jurídica e o aparato empresarial

O primeiro ponto controvertido diz respeito à exigência de o aparato organizado de poder estar desvinculado do Estado de Direito.

A justificativa é de que os conhecimentos da psicologia social empregados na criminologia que define a macrocriminalidade se limitariam à violência coletiva e não aos crimes econômicos ou relacionados ao meio ambiente.<sup>554</sup> Assim, dois fatores impediriam a aplicação da teoria roxiniana em crimes empresariais. A tipologia do risco sobre a moderna vida social e os processos de organização formal da empresa levariam à inexistência do automatismo instrumentalizável no ambiente corporativo e à ausência de domínio especial dos órgãos de direção.<sup>555</sup>

Analisando essa condição proposta por Claus Roxin, Kai Ambos elucida que a intenção seria separar a criminalidade organizada da criminalidade das empresas. Estas, ao contrário daquelas, perseguem a obtenção legal de benefícios financeiros e a realização de delitos seria algo accidental.<sup>556</sup>

---

<sup>554</sup> “Por conseguinte, el primer obstáculo para trasladar la teoría de ROXIN sobre los aparatos organizados de poder al ámbito de la empresa es por el propio colectivo que integra la criminalidad de empresa. Si se aplica los conocimientos de la psicología social empleados en la criminología o lo que se define como <<macrocriminalidad>> se observa como ésta se limita a la violencia colectiva, ocupándose de los supuestos mas graves de daño causado al hombre - v. gr. grupos de terrorismo, conflictos culturales o religiosos, revoluciones -, siendo expresamente descartados los crímenes económicos y de medio ambiente.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 74).

<sup>555</sup> “Por consiguiente, uno de los principales obstáculos para trasladar la teoría de ROXIN sobre los aparatos organizados de poder al ámbito de la empresa es la propia <<sociedad de riesgo>>, o lo que es lo mismo, su pareja jurídico penal denominada <<Derecho Penal de riesgo>>. En el Derecho Penal de empresas y en los daños al medio ambiente se tienen que aceptar ciertos riesgos, que en ocasiones se pueden traducir en resultados lesivos. Se trata de efectos colectivos dañosos no intencionales provocados por acciones individuales derivadas de la producción de riesgo. En estos casos los riesgos no son percibidos adecuadamente y menos todavía combatidos.” (*Idem*, p. 75).

<sup>556</sup> “De acuerdo con el estado de la cuestión, llevaría demasiado lejos el subsumir *empresas* bajo este grupo de casos. Ello deriva ya en el plano puramente conceptual de que ha de tratarse de “apartados de poder”, es decir, de organizaciones *criminales* (incluyendo las organizaciones terroristas) destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta. Y como tales difícilmente - aun adoptado una posición crítica respecto de muchas estrategias de mercado agresivas - podrán calificarse las grandes empresas. Las empresas no son criminales per se, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros.” (AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder: Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. *Themis*. Revista de Derecho. Lima, n. 37, p. 185, 1998).

Ao que parece, o imaginário de um ambiente no qual as pessoas nele inseridas estejam fortemente influenciadas a praticarem delitos não está relacionado necessariamente a Estados totalitários ou a organizações criminosas, embora se reconheça que estes ambientes sejam altamente propícios para a prática de determinados delitos. A influência do coletivo sobre o individual terá maior influência se a prática delitativa estiver, de alguma forma, relacionada com os fins lucrativos ou ideológicos desse mesmo corpo coletivo.

Existem, então, determinados delitos que, dentro de um contexto socioeconômico, não parecem ser tão repulsivos como o homicídio. Disso resulta que não é inimaginável que uma pessoa, quando submetida a um ambiente corporativo, possa praticar delitos em virtude das ordens e do ambiente em que convive, embora seja autorresponsável. Esse aumento de probabilidade da prática delitativa decorre não somente da relação do ilícito com a criminalidade da empresa como também do distanciamento do bem jurídico tutelado e da vítima, que, muitas vezes, sequer é individualmente identificável.

Por certo, o exemplo ilustrado por Roxin, quanto à requisição de falsificar um documento, pode parecer, à primeira vista, algo que será rechaçado quase sempre por um empregado. Entretanto, cabe observar que a vivacidade com que ocorrem os fatos leva-se a crer que sempre há uma justificativa para que o ato ilícito seja perquirido. Essa observação foi captada por Roland Hefendehl, o qual afirmou que o exemplo comparativo de Roxin não se mostra adequado, pois não se trata de simplesmente requerer a falsificação de um documento, senão de implementar, exemplificativamente, métodos contábeis ou de produzir certos resultados.<sup>557</sup>

Marín de Espinosa Ceballos critica a conceituação rígida de organização estabelecida por Roxin, argumentando que existem diversas definições para delimitar o que seja uma organização criminosa, não existindo consenso sobre o tema. Algumas estruturas podem ser mais rígidas outras menos rígidas.<sup>558</sup> Além disso, de acordo com o entendimento da jurista espanhola, considerar a imagem clássica da organização criminosa totalmente à margem do

<sup>557</sup> “1. A mí me parece que no es acertado el ejemplo comparativo construido por ROXIN y que se opone al dominio del hecho en una empresa jurídica: no se trata del requerimiento de cometer una falsificación de un documento, sino, p. ej., de que deban implementarse determinados métodos contables o de que deban producirse ciertos resultados, en los cuales por lo menos existen dudas sobre su juridicidad. La orden del miembro del Consejo de Defensa Nacional tampoco era: liquida a quienes se fueguen de la República, independientemente de si con ello se cometía un homicidio, sino: asegura las fronteras y haz para ello uso del derecho que te concede la leu de fronteras.” (HEFENDEHL, 2004, p. 54).

<sup>558</sup> “Efectivamente, la doctrina ofrece casi doscientas definiciones diferentes de organización criminal y, por ello, <<no es extraño que se juzgue del todo imposible alcanzar un concepto>>, pues, como señala el propio ROXIN, <<por el momento no existe un concepto con una mínima capacidad de consenso>>. Las distintas definiciones de organización criminal comprenden desde las estructuras con un diseño burocrático, tipo militar o cuasimilitar, hasta las que presentan un modelo más impreciso con estructuras menos rígidas y con vínculos internos y externos más o menos complejos.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 89).

ordenamento jurídico está superada. Em outras palavras, a criminalidade organizada não se opera sempre à margem do ordenamento jurídico, confundindo-se muitas vezes a organização criminal com o atuar econômico.<sup>559</sup>

Nesse diapasão, Pérez Cepeda deixa clara a sua opinião de que as empresas podem levar a cabo, ao mesmo tempo, atividades ilegais e legais e a criminalidade de empresa tem se tornado um fenômeno atual no nosso tempo.<sup>560</sup> Com isso, não é correto partir do pressuposto que em um ambiente corporativo empresarial nunca existirá um ambiente que indique predisposição a práticas econômicas delitivas. Não se afirma que em toda empresa exista ambiente propício para a práticas delitivas. Isso depende, conforme visto no início deste capítulo, de averiguação de base empírica fundada em provas.

Kai Ambos, que é contrário à ideia do domínio de organização no âmbito empresarial, reconhece que podem existir situações na empresa em que o crime organizado funcione de modo similar à máfia<sup>561</sup>; mesma opinião é expressada por Marín de Espinosa Ceballos<sup>562</sup>. Ao se afirmar isso, possibilita-se a interpretação de que a desvinculação ao direito pode ser restrita aos crimes de empresa.

---

<sup>559</sup> “En actualidad, la criminalidad organizada no opera siempre al margen del ordenamiento jurídico, su estructura ha ido evolucionado y ésta ya no se puede identificar con una estructura delictiva secreta o clandestina, esto es, que se encuentra desvinculada del ordenamiento jurídico, puesto que la criminalidad organizada se ha ido convirtiendo en una empresa dual, que lleva al mismo tiempo actividades ilegales y legales, <mostrándose ahora la tendencia a configurarse como estructuras empresariales que cuando es necesario, cometen hechos delictivos, insinuando en consecuencia un acercamiento progresivo a la criminalidad corporativa>>.” (*Idem*, p. 90-91).

<sup>560</sup> “También es verdad que, la tendencia actual de las organizaciones criminales es que evolucionan hacia empresas duales que llevan a cabo, al mismo tiempo, actividades ilegales pero también legales. De este modo, se ha visto superado el concepto inicial de criminalidad de empresa, que partía de la inserción de conductas ilícitas en el contexto de una actividad y de una política de empresa por lo demás lícita. Por todo ello, la criminalidad de empresa se ha convertido en un fenómeno actual de nuestro tiempo que pone a prueba el sistema dogmático garantista.” (PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 106).

<sup>561</sup> “Las empresas no son criminales per se, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado, pero por regla general no conforma una parte fija de la política de la empresa, es decir, que las infracciones son “accidentales”. Si la situación es diversa, es decir, si las que estaremos en el ámbito del “crimen organizado de modo similar a la mafia”, y, por lo tanto, en el del grupos de casos aquí analizado.” (AMBOS, 1998, p. 185).

<sup>562</sup> “En este sentido la criminalidad organizada abarcaría desde las manifestaciones mafiosas tradicionales a modernas formas de criminalidad medioambiental, la económico financiera, o incluso la corrupción>>. Em efecto, <<em muchos sectores como evasión de impuestos, estafas de crédito y de inversión, polución medioambiental, financiación ilegal de partidos políticos, blanqueo de capitales, abuso de información privilegiada, etc., es cada vez más difícil señalar donde están los límites entre la estrategia de mercado legal y otras actitudes de carácter criminal>>.

En la actualidad, la criminalidad organizada no opera siempre al margen del ordenamento jurídico, su estructura ha ido evolucionado y ésta ya no se puede identificar con una estructura delictiva secreta o clandestina, esto es, que se encuentra desvinculada del ordenamento jurídico, puesto que la criminalidad organizada se ha ido convirtiendo en una empresa dual, que lleva al mismo tiempo actividades ilegales y legales, <<mostrándose ahora la tendencia a configurarse como estructuras empresariales que cuando es necesario, cometen hechos delictivos, insinuando en consecuencia un acercamientos progresivo a la criminalidad corporativa>>.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *Op. cit.*, p. 91-92).

Roxin entende que a organização (Estatual) não precisa estar totalmente desvinculada a qualquer ordem jurídica.<sup>563</sup> Se é assim, não se constata diferença entre a sua proposição e as reiteradas práticas ilícitas por crimes empresariais, pois esses ilícitos também estão parcialmente desvinculados da ordem jurídica. O entendimento a respeito da desvinculação do Direito por parte das sociedades empresariais somente ocorre, também, nos âmbitos de suas atividades que sejam penalmente relevantes.<sup>564</sup> Nesse sentido, Carlos Gomez-Jára Díez explica que quem admite essa redução de critério, que poderia estar desvinculada somente a normas da legislação penal, e não ao ordenamento como um todo, não teria problemas em estendê-las às empresas modernas.<sup>565</sup>

A questão de o executor acreditar que será ou não punido é de difícil averiguação, razão pela qual se torna problemática adotar essa peça como integrante da teoria. Além de ser uma circunstância pessoal, o agente a serviço de um Estado totalitário sabe que pode sofrer represálias no futuro, inclusive em decorrência de sanções internacionais. Ademais, nos crimes de colarinho branco, é perceptível que, muitas vezes, os agentes possuem confiança na impunidade e essa confiança pode ser transmitida aos subordinados.

Luís Greco e Augusto Assis mencionam sobre a *modificação da formulação original* proposta por Roxin<sup>566</sup>, mas não significa, necessariamente, prescindir totalmente dos seus requisitos estruturantes, senão lhe conferirem novos contornos.

---

<sup>563</sup> “Contudo, sigo acreditando que o critério é necessário, sem prejuízo de que se deva ter presente dois esclarecimentos. Em relação às organizações não estatais (movimentos terroristas, genocidas no âmbito das guerras tribais, máfia e outras), é evidente que suas ações se movem fora do Direito. Porém, nos crimes estatais sistemáticos, é necessária uma desvinculação do Direito por parte do sistema somente nos âmbitos de suas atividades que sejam penalmente relevantes. Assim, por exemplo, no regime nazista e o da RDA, havia sido suspensa a proibição de homicídio no âmbito da “solução final da questão judia” e no do “impedimento de fuga da República” respectivamente, todavia, em outras áreas, ambos os regimes atuavam no âmbito do direito interno vigente.” (ROXIN, 2013. p. 332).

<sup>564</sup> “Justamente por essa razão não é admissível a autoria mediata quando, por exemplo, um funcionário de uma empresa executa a ordem de cometer um fato punível, pois se a empresa move-se principalmente dentro das vias do Direito, o sujeito deve sempre considerar a possibilidade de que sua conduta seja descoberta e de que seja investigada em um processo penal. A *praxis* do moderno Direito Penal Econômico oferece muitos exemplos a esse respeito.” (*Idem*, p. 311).

<sup>565</sup> “Quienes, por otro lado, sólo lleven a cabo una reducción de la extensión de dicho critério, de tal manera que baste con una posición de desvinculación con respecto a una (s) normas (s) del Código Penal para considerar que se encuentran desvinculadas del derecho no tendrían tampoco numerosos problemas en afirmar que dicho requisito se da en múltiples empresas modernas. Como ejemplo baste pensar en la no tan infrecuente defraudación del IVA que llevan a cabo numerosas empresas, de tal manera que quizá pudiera afirmarse que la empresa se considera desvinculada de la regulación tributaria que grava dichos hechos imponibles.” (GOMEZ-JARA DÍEZ, 2012, p. 138).

<sup>566</sup> “Outro tem de ser o caminho escolhido pelos autores que defendem essa transposição. Eles *modificam a formulação original*, prescindindo de alguns de seus requisitos.” (GRECO; ASSIS, 2014, p. 102).

#### 4.4.3 A fungibilidade dos empregados

Outro ponto mencionado na teoria do domínio da organização diz respeito à fungibilidade dos executores. A fungibilidade, para Claus Roxin, é essencial para o funcionamento automático do aparato de poder, pois, dentro da sistemática proposta, o cumprimento da ordem pelo homem da frente ocorreria, ainda que houvesse a negativa da execução por parte de outrem. Pelo fato de existirem vários executores dispostos ao comando superior, haveria automaticidade no modo de funcionamento.<sup>567</sup>

Pérez Cepeda afirma que não existe dentro da empresa o automatismo do funcionamento requerido para o domínio da organização, o que implicaria na não fungibilidade do executor. Segue afirmando que a relação do subordinado se embasa na relação de distribuição de divisão de trabalho, e não na submissão nem na obediência.<sup>568</sup> O mesmo entendimento é compartilhado por Kai Ambos, o qual entende que os executores não são mecanicamente intercambiáveis no sentido do critério de fungibilidade<sup>569</sup>.

Na opinião de Muñoz Conde, a fungibilidade dos executores na empresa não é tão ampla como nos aparatos organizados de poder e geralmente os executores da empresa são considerados irresponsáveis. Explica que, aqueles que praticam o ato são utilizados como testemunhas em processos para deporem contra os participantes do Conselho de

---

<sup>567</sup> “El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor. La estructura de esta forma de dominio de la voluntad cabe incluso anticiparla, llevando a cabo una abstracción en tipos ideales a partir de la pluralidad de los sucesos reales. Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizarse como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionando ni engañado, cambiabile a voluntad.” (ROXIN, 2000, p. 272).

<sup>568</sup> “Pues bien, se trata de una opción que ha sido rechazada por la mayoría de la doctrina, de un lado, porque al tratarse de criterios prejurídicos como la presunta utilización de un instrumento o dominio sobre un aparato organizado de poder, su uso solamente está justificada, cuando la gravedad del caso es tal que contraría las percepciones valorativas de cualquier nación civilizada, es decir, las violaciones de derechos humanos a través de la organización estatal. De otro lado, la empresa normalmente se constituye inicialmente para desarrollar una actividad lícita, aunque posteriormente se realice a través de la misma un crimen, no existe el automatismo de funcionamiento requerido para el dominio de la organización, lo que implica la no-fungibilidad del ejecutor. Por ende, aun suprimiendo el presupuesto de que se trate de organización desligada del ordenamiento jurídico, en una empresa raramente existe la estructura rígida, que caracteriza a los aparatos organizados de poder. En la estructura de una empresa la relación con el subordinado se basa en la distribución o división del trabajo, no en la sumisión ni en la obediencia. En consecuencia, esta excepción no sería aplicable ni quiera en aquellos supuestos de criminalidad económica en el marco de criminalidad organizada, es decir, en beneficio de agrupaciones sociales ilegales de corte cuasi empresarial.” (PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 115).

<sup>569</sup> “En las empresas con distribución funcional y descentralizados, faltarán ya los necesarios “procesos reglados”. Pero también en empresas organizadas de modo jerárquico y linear, en las que bajo determinadas circunstancias probablemente puedan desencadenarse “procesos reglados” por instrucciones desde “arriba”, no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del critério de fungibilidad.” (AMBOS, 1998, p. 185).

Administração.<sup>570</sup> Esse argumento, não parece prosperar dentro da dogmática jurídica, e sim, trata-se de política investigativa, consistente no fato de um dos partícipes passar a auxiliar o sistema de Justiça em troca de um acordo, inclusive com isenção da pena.

Divergindo desses posicionamentos, Roland Hefendehl entende que, de um modo geral, os empregados são substituíveis no âmbito empresarial, seguindo a lógica de que quanto mais acima estiverem na hierarquia da empresa mais improvável seja a substituição do subordinado.<sup>571</sup>

Essa postura encontra guarida também no entendimento de Marín de Espinosa Ceballos<sup>572</sup>, para quem, se um operário se nega a realizar uma determinada atividade, a

---

<sup>570</sup> “Sin embargo, y pese a esta afirmación, considera que la fungibilidad de los ejecutores en la empresa no es tan amplia como en los aparatos organizados de poder y que, generalmente, el ejecutor en la empresa será irresponsable. El ejecutor suele ser declarado irresponsable porque en la practica se utilizan como testigos de los procesos que se llevan a cabo contra los miembros del Consejo de Administración.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 81).

<sup>571</sup> “En un derecho laboral y de un derecho protector del despido probablemente el argumento de la intercambialidad haya perdido sustancia. Sin embargo, me parece que en ello no yace ningún argumento decisivo en contra de la fungibilidad. Ello es así porque, aunque las posibilidades jurídico-laborales aseguren a su titular que de su negativa a llevar a cabo violaciones punibles de bienes jurídicos, asegurada e incluso deseada jurídicamente, no pueden extraerse consecuencias perjudiciales para él, ellas no admiten, sin embargo, ninguna conclusión respecto de la posibilidad de que la masa fungible pudiera servirse de esta posibilidad en la misma manera. En todo caso, podría pensarse en el supuesto que el empleado, a sua vez, ocupe una puesto de conexión respecto del bien jurídico, que mediante su negativa pudiera impedir su lesión. Aquí restan al órgano que da la orden suficientes posibilidades para impedir una situación de bloqueo, p. ej., mediante el traslado, la reestructuración o la ocupación doble.

d. Con esto puede haberse expuesto que en las empresas económicas la característica de la fungibilidad se dará por regla general. Del mismo modo debe retenerse, y exigirse enfáticamente, que la intercambialidad debe constatarse en términos positivos. Esto, ya que la exigencia limita la figura jurídica del autor mediato, desde un comienzo, en los casos de empresas pequeñas y especializadas, en los cuales la intercambialidad permanece como una posibilidad meramente teórica. Además, cuanto más arriba en la jerarquía de la empresa se sitúe el asunto de una fungibilidad posible, tanto más improbable será que exista un reemplazo. Finalmente, incluso en un mundo fungible existe un personal especializado que es irremplazable en razón de su experiencia o su capacidad.” (HEFENDEHL, 2004, p. 48-49).

<sup>572</sup> “En definitiva, para aplicar la teoría de ROXIN a los casos de criminalidad de empresa es necesario que la estructura organizada jerárquicamente esté al margen del ordenamiento jurídico, características ésta que, evidentemente, no concurre en la empresa. Y además, es necesario que los subordinados ejecutores sean sujetos fungibles, elemento que concurrirá en la mayoría de las grandes empresas. En efecto, las grandes empresas, generalmente, funcionan normalizando los procesos de trabajo, es decir, el contenido de cada función dentro de la empresa está determinada hasta el máximo detalle, lo que supone que el operario no pueda tener casi ninguna iniciativa. Por ello, en estas grandes empresas los procesos de producción funcionan de una manera prácticamente automática. El subordinado no se presenta dentro de la empresa como una persona individual, sino como una figura intercambiable y anónima, como una pieza más en el conjunto de la organización jerárquicamente organizada. Si un operario se niega a realizar una determinada actividad en la empresa se dispondrá de otros operarios que puedan desempeñarlas. Esto es, otro subordinado ocupará su lugar y se realizará el hecho, sin que ello llegue a tener conocimiento el hombre de atrás (directivo) que suele ignorar quien es el ejecutor final. Tanto en la empresa como en el aparato organizado de poder hay una organización que funciona con independencia del estado cambiante de sus miembros. Incluso, en los casos de subordinados altamente especializados y cualificados como, por ejemplo, en el sector químico, financiero o informático, la actividad de la empresa no quedará paralizada por la negativa de un subordinado, pues en cualquier momento puede contratarse, aunque sea de manera temporal, a otro especialista para que termine esa actividad, cosa que no podría suceder en el caso de la frontera del muro de Berlín custodiada por un reducido número de profesionales especializados, es decir, en cada turno de guardia hay un escaso número de centinelas. Además, en el paso fronterizo del muro de Berlín la ejecución del hecho - disparar a los que intentan cruzar la frontera - está

empresa disponibilizará de outros que possam desempenhá-las. Nessa toada, ao discorrer sobre a estrutura e o funcionamento societário, mostra-se partidária do entendimento de que na maioria das grandes empresas existe estrutura fortemente formalizada com funcionamento praticamente automático.<sup>573</sup>

De fato, não se vislumbra incompatibilidade no entendimento de que empregados são peças autorresponsáveis, mas fungíveis. Essa afirmação não impede em reconhecer que exista a dificuldade de recomposição de certos empregados em virtude da sua distinta qualificação. Nessa hipótese, não existindo a possibilidade de substituição do empregado, e recusando-se este a cumprir a ordem, nada mais existirá do que um ato preparatório sem êxito.

No âmbito empresarial, diante da diversidade de delitos econômicos que podem ser cometidos, há hipóteses em que o empregado se assemelha a indivíduos fungíveis e há outras hipóteses em que, diante do grau de conhecimento sobre uma matéria, dificilmente poderiam ser substituídos por outra pessoa.

Será mais problemático falar em fungibilidade dos empregados quanto menor for a empresa. A menor complexidade da empresa aproxima os executores da ordem do poder de direção, fazendo com que se reduzam as características da teoria do domínio da organização.

O ponto crucial sobre a alta expectativa de que a ordem será cumprida é a existência de um aparato de poder na qual os executores convivam em ambiente com ampla influência que lhe possam dar dinâmica à disposição para a prática delitiva.

Importa verificar se a ordem tem pertinência com os fins empresariais e com as normas penais econômicas. Caso não exista, não é a hipótese de se aplicar esta proposição, sem embargo de, sob outros fundamentos, verificar se o mandante poderia assumir a postura também de autor mediato ou coautor.

A fungibilidade, para determinadas circunstâncias, é um requisito que visa incrementar a possibilidade de que um fato criminoso venha a ocorrer com maior rapidez ou com maior dinâmica. No entanto, a sua ausência não impede de reconhecer que a simples existência de um aparato organizado de poder empresarial possa ser utilizada inadequadamente por aquele que tenha o poder de mando. Esse reconhecimento normativo terá mais ênfase quando a

---

condicionada a un espacio y tiempo muy determinado que no se puede volver a reproducir. Por ello, si en ese contexto determinado se niega el soldado a disparar a quien intenta pasar la frontera, seguramente, la huída será exitosa, dificilmente puede ser sustituido y, sen embargo, aquí se afirma la fungibilidad del ejecutor.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 86-88).

<sup>573</sup> Marín de Espinosa Ceballos elenca as características mais gerais da criminalidade de empresa: Pluralidade de sujeitos ativos; indeterminação dos sujeitos passivos; complexidade no nexo causal e divisão de trabalho; distribuição vertical de funções; existência de uma forma jurídica concreta; produção de comportamentos complexos; os subordinados que executam o delito são fungíveis e as empresas tem estrutura fortemente Cf. (*Idem*, p. 66-68).

sociedade empresarial tenha uma cultura de desprestígio às normas jurídicas econômicas, cujo descumprimento tenha por efeito aumentar a sua própria lucratividade.

A sociedade empresarial deve ser vista como um importante instrumento de desenvolvimento social, e, ao mesmo tempo, como um instrumento potencialmente perigoso, cujo uso pode lesionar determinadas normas jurídicas. Deve se afirmar que é dever dos dirigentes não emitirem ordens que infrinjam a legislação. Ao emitirem ordens nesse sentido ou elaborarem planos empresariais que tenham as mesmas consequências, essas mesmas pessoas, que ocupam alto escalão empresarial, arriscam-se ao tomarem posicionamentos desse jaez, pois, se os executores assim o fizerem, aqueles serão considerados autores mediatos.

Outro ponto a ser mencionado é não ser empiricamente comprovável que a fungibilidade seja garantia da existência da automaticidade do cumprimento da ordem.

Um grupo de pessoas, plenamente substituível, poderá não cumprir determinada ordem. Além de o fato não vir a acontecer, dificilmente poderá o chefe da organização se deparar com a tarefa de achar outro grupo que aceite o encargo. Não se pode falar em certeza do cumprimento da ordem, em qualquer hipótese. Pode-se aceitar a ampla possibilidade de que a ordem será cumprida, em razão dos propósitos da organização, seja ela destinada a infringir tipos penais inerentes ao Direito Penal Econômico ou não.

Destaque-se, neste ponto, que, embora Roxin mencione em certeza sobre o cumprimento da ordem, cabe a crítica que nem mesmo nas estruturas por ele formuladas existirá previsão absoluta da automaticidade da conduta.

A automaticidade, na verdade, torna-se perceptível quando uma atividade ilícita venha a ser rotineiramente constatada, dentro de um ambiente corporativo propício a determinadas práticas ilícitas. Dessa circunstância, aliada às provas sobre a responsabilidade subjetiva, o alto escalão da empresa poderá ser responsabilizado pelos atos executados pelos subordinados, ainda que não tenham conhecimento sobre dia, horário e local do cometimento do crime.

Na idealização da teoria do domínio da organização proposta por Roxin, parte-se do pressuposto de que os executores são fungíveis a ponto de quase se confundirem como instrumentos. Por certo, a questão da fungibilidade deve ser sopesada, resguardando-se a autorresponsabilidade do executor. Em verdade, a autorresponsabilidade é diminuída em razão de fatores específicos de ambientes coletivos, em especial aqui, o ambiente empresarial.

Cabe uma analogia com o que foi proposto por Kai Ambos em relação à desvinculação da ordem jurídica. Para o também jurista alemão, o aparato organizado de poder não precisa

estar desvinculado da ordem jurídica, mas essa característica é circunstancial.<sup>574</sup> Sob a proposta deste trabalho, a mesma afirmação pode se feita em relação à fungibilidade. Nem sempre ocorrerá a fungibilidade, tendo em vista as diversas funções que as pessoas subordinadas possam desempenhar e a qualificação individual de cada uma delas. A fungibilidade deve ser entendida como uma característica circunstancial, cuja ausência não inibe, por si só, o reconhecimento da autoria mediata. A diminuição da fungibilidade faz com que, muito provavelmente, na insistência do superior hierárquico, transmude-se a autoria mediata para a coautoria, dada a possibilidade de existir a proximidade para o conluio delitivo. Tudo isso depende de prova no caso concreto.

Casos, por exemplo, de *insider trading* pressupõem a existência de informações privilegiadas. Nessas hipóteses pode-se imaginar que essas informações são obtidas pela alta cúpula e repassada para os *traders* da própria empresa realizarem seus negócios. Valendo-se dessas informações, repassadas por agentes intermediários, os operadores realizam os negócios. A sistematização dessa prática, com a anuência e prévia elaboração da cúpula dirigente, amolda-se ao domínio da organização.

Outra situação recorrente são casos de empresas potencialmente poluidoras do meio ambiente. O empresário pode determinar que se faça funcionar uma sociedade empresarial, mesmo que a empresa não possua o competente alvará de funcionamento para exploração de minério. Se o empregado sabe que a empresa não possui o alvará de funcionamento e executa a lavra de minério será responsável direto por dano ambiental. No entanto, não soa apropriado qualificar o empreendedor somente como partícipe.

Todos esses requisitos, quais sejam, poder de mando, atuação empresarial em desconformidade às normas econômicas e possível fungibilidade dos subordinados, indicaria a influência no executante da medida em predispor à prática do ato lesivo. Para maiores justificativas quanto ao ambiente corporativo, passa-se a discorrer sobre essa predisposição, que, assim como Roxin vem se manifestando, deve ser compreendida como um produto resultante dos mencionados requisitos e não um requisito distinto.

---

<sup>574</sup> “Esto, sin embargo, no es así. Más bien al contrario, el dominio de organización depende únicamente de la estructura de la organización en cuestión y del número de ejecutores intercambiables. Más aún si el aparato no está “fuera del ordenamiento jurídico” (como requiere el criterio de la desvinculación del Derecho), sino es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él, el dominio del hecho por parte de los hombre de atrás es aún mayor que en el caso del aparato desvinculado del Derecho.” (AMBOS, 1999, p. 133 *et seq.*)

#### 4.4.4 A predisposição para prática delitiva pelos executores do fato e o ambiente corporativo

Quando da formulação da teoria dos aparatos organizados de poder, Claus Roxin não havia elencado a predisposição para executar o fato como requisito distinto. Esse requisito teria sido incorporado após críticas elaboradas por Schroeder, Heinrich e também pela decisão do BGH.<sup>575</sup>

Ao explicar sobre a predisposição do executor, como elemento integrante de sua teoria, Roxin explica que são distintas as circunstâncias que levariam o executor a desempenhar um papel.<sup>576</sup>

Refletindo mais uma vez sobre o assunto, Roxin declarou que, na verdade, a elevada disponibilidade ao fato pelo executor não seria um elemento autônomo, mas consequência da existência do poder de mando, da organização desvinculada do ordenamento jurídico e da fungibilidade dos executores.<sup>577</sup>

---

<sup>575</sup> “Este elemento se asemeja a los conceptos con los cuales SCHROEDER y HEINRICH intentan explicar la autoría mediata en organizaciones delictivas. Schroeder habla de una “disposición condicionada a actuar” y Heinrich de una “inclinación al hecho típica de la organización” por parte del ejecutor. También el Tribunal Supremo Federal alemán menciona - acaso influido por Schroeder - entre los argumentos para la autoría mediata de los hombres de atrás en organizaciones delictivas “la disponibilidad incondicional del que actúa inmediatamente para reallizar el tipo.” (ROXIN, 2006, p. 246-247).

<sup>576</sup> “Parto de que aquel que en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, tiene que desenvolver por sí mismo. Aquél se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, “más preparado para el hecho” que otros potenciales delincuentes y que, vistas en conjunto, incrementan la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás. Son múltiples y, en parte, incluso muy distintas circunstancias, las que desempeñan aquí un papel. La pertenencia a la adaptación. Se espera que los miembros individuales se integren. Esto puede conducir a una participación irreflexiva en acciones que nunca se le ocurrirían a un individuo no integrado en una organización así. Pero un fenómeno típico de la organización es también un empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente. Al mismo tiempo, hay una participación de miembros también interiormente más bien contrarios como consecuencia de la resignada reflexión: “Si no lo hago yo, lo hace de todas formas outro”. Finalmente, se encuentran también supuestos, que incluso no fundamentan un dominio de la coacción o del error de los hombres de atrás, pero que se aproximan un poco más a tales situaciones: el ejecutor dispuesto a lo que le manden, teme, por ejemplo, en caso de negativa, la pérdida de su puesto, el menosprecio de sus colegas u otros perjuicios sociales; o cuenta, pese a que tienes graves dudas sobre el carácter injusto de su actuación, con la impunidad, ya que después de todo su conducta está ordenada “por los de arriba.” (Idem, p. 247).

<sup>577</sup> “Yo estoy de acuerdo con esto pero no opino, después de reflexionar una vez más, que si bien es correcto, para fundamentar la autoría mediata en el marco de aparatos organizados de poder, invocar <<la considerablemente elevada disposición al hecho del ejecutor>>, no obstante esto no constituye un presupuesto autónomo sino que se deduce de los otros presupuestos del dominio de la organización. Fueron muchos y variados los motivos que yo había hecho valer para la disposición esencialmente elevada al hecho del ejecutor en el marco de organizaciones delictivas. En primer lugar se tiene a la organización jerárquica, la cual ya por sí misma es idónea para provocar tal tendencia de adaptación. Luego está el <<poder de mando>> de los sujetos de detrás que, si bien no alcanza el grado de una coacción, puede acercarse a ella un buen trecho. Muchas veces el ejecutor dispuesto, en caso de negarse a obedecer, tendrá que temer la pérdida de su puesto, el desprecio de sus colegas u otras desventajas sociales, y con ello se verá apremiado hacia una mayor disponibilidad al hecho. Adicionalmente, el <<apartamiento el Derecho>> del aparato puede elevar la disponibilidad al hecho haciendo que el ejecutor ceda ante sus pretensiones de hacer carrera, su necesidad de

Pelo que se denota, a predisposição para a prática de um fato ilícito, é, realmente, um produto da reunião dos requisitos do domínio da organização, conforme é a posição atual de Roxin.<sup>578</sup> Isso não torna incompatível a existência de uma predisposição do indivíduo para determinadas práticas delitivas antes mesmo de ingressar em uma organização.

Exigir que a predisposição para a prática delitiva seja um fator autônomo pode levar a resultados inconciliáveis dentro do paradigma proposto pelo próprio Roxin. Imagine-se um pelotão que está em certa região do muro (de Berlin), enquanto outro pelotão está relativamente a boa distância do outro. Se for submetida à prova a predisposição para o delito de ambos os grupos e, se por qualquer meio, afirmar-se que um pelotão não estava predisposto a atirar nas pessoas que tentavam pular o muro, como conciliar a circunstância de o superior hierárquico ter o domínio da organização em relação a um grupo, mas não ter em relação a outro? Para delitos que ocorreram no mesmo dia, o superior hierárquico seria considerado autor mediato em relação a um grupo e instigador em relação ao outro? Não parece correta essa solução.

Roland Hefendehl elucida uma das justificativas para se entender a existência de um ambiente corporativo voltado para práticas delitivas. Hefendehl baseia seu entendimento na teoria do domínio do fato com aportes criminológicos.<sup>579</sup> No âmbito da criminalidade econômica, os empregados podem ter uma apreciação diferente de seu comportamento, que permitiria definir sua conduta como algo distinto a um fato punível. Assim, ainda que os modos de comportamento internos do grupo não possam ser interiorizados, o indivíduo pode se deixar influir pela coletividade em razão de algumas exigências de adaptação ou de certos comportamentos que lhes são demandados no ambiente.

---

figurar, su ceguera ideológica o incluso a motivaciones sádicas u otras de carácter criminal, suponiendo que no sería perseguido penalmente. Y finalmente, incluso la fungibilidad de los individuos puede llevar a una disposición al hecho, sí lo hace diciéndose a sí mismo: <<Si yo no lo hago, otros lo harán de todos modos>>.” (*Ibidem*, 2009, p. 51-65).

<sup>578</sup> “Entonces, en la <<esencialmente elevada disponibilidad al hecho>> se trata de un fenómeno que si bien es sostenido por los tres <<pilares básicos>> del dominio de la organización (poder de mando, apartamiento del derecho, fungibilidad), también refuerza la fundamentación para afirmar la existencia del dominio del hecho del sujeto de detrás. Y es que el dominio del sujeto de detrás depende de la seguridad con la cual pueda imponerse la orden. Este dominio se ve considerablemente incrementado cuando, debido a las condiciones específicas de la organización, se pueda contar con una elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.” (*Idem*, p. 63-64).

<sup>579</sup> “CLINARD Y QUINNEY han descrito que el individuo se deja influir por las reglas de comportamiento dentro de una empresa. Estas reglas pueden hacer perder su validez a las reglas jurídicas. SYKES Y MATZA hablan de una “instancia superior”, que hace aparecer el comportamiento del individuo como algo legítimo y normal. Ya en 1952 CRESSEY había observado la posibilidad, en el ámbito de la criminalidad económica, de que los autores pueden tener una apreciación diferente de su comportamiento, que les permite definir su conducta como algo distinto a un hecho punible. Aunque los modos de comportamiento internos al grupo no puedan no haberse interiorizados, el particular puede dejarse influir por el colectivo en cuanto a que ciertas exigencias de adaptación o ciertas solidariedades que deben seguirse. (HEFENDEHL, 2004, p. 52).

Essa visão de que o praticante do ato delitivo tem de si mesmo não é muito diverso, em alguns casos, da visão que a sociedade tem a respeito de alguns delitos e de algumas pessoas. Edwin Hardin Sutherland afirmava que a repulsa da prática do crime pela sociedade variava conforme as circunstâncias. Isso significa que algumas violações de atos de comércio não se assemelham simplesmente a uma instigação à prática de um homicídio, um furto ou um roubo.<sup>580</sup> Ao contrário disso algumas práticas comerciais podem perfeitamente ser entendidas entre os jogadores do mercado como uma simples competição, embora sejam ilícitas.

Sobre a obediência hierárquica, tanto Hefendehl<sup>581</sup> quanto Jesús-Maria Silva Sánchez<sup>582</sup> mencionam sobre testes realizados pelo pesquisador Stanley Milgram. A Experiência de Milgram foi um projeto científico desenvolvido e realizado pelo próprio psicólogo norte-americano.<sup>583</sup> O experimento pretendeu inquirir de que forma os indivíduos observados tendem a obedecer às autoridades. A experiência pretendia inicialmente explicar

---

<sup>580</sup> “As outras leis para regulação do comércio possuem raízes nos sentimentos morais de forma semelhante. Violações dessas leis, claramente, não provocam comoção como o homicídio ou o estupro, mas nem todas as normas do Código Penal envolvem idêntica comoção pública. Nós dividimos crimes entre “felonies”, que produzem mais comoção, e “misdemeanors”, que produzem menor comoção. Dentro de cada uma dessas classes, ainda, as várias normas podem ser arranjadas de acordo com o nível de atrocidade. Crimes de colarinho branco, presume-se, estariam na parte mais baixa da classificação, mas não inteiramente fora da classificação. Além disso, muito pouco dos crimes comuns resulta efetivamente em grande comoção perante os cidadãos, a menos que sejam espetaculares ou que algum amigo próximo seja a vítima. O cidadão médio, lendo em seu jornal matinal no qual se diz que a casa de uma pessoa desconhecida foi roubada por outra pessoa desconhecida, não sofre aumento relevante na pressão sanguínea. Medo e comoção se desenvolvem na cidade moderna principalmente como o resultado de uma acumulação de crimes, podendo ser retratados pelos índices de criminalidade ou em descrições gerais. A comoção se desenvolve a partir dessas duas circunstâncias tanto nos crimes de colarinho branco como nos demais crimes. Finalmente, nem todas as partes da sociedade reagem da mesma maneira acerca da violação de uma norma específica. É verdade que alguns comerciantes não consideram a violação das regras de comércio como algo atroz. Também é verdade que moradores de certas favelas não consideram um furto cometido por seus vizinhos como algo atroz, normalmente eles darão apoio aos seus vizinhos caso venham a ser processados.” (SUTHERLAND, Edwin Hardin. *Crime de colarinho branco*. Versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 99).

<sup>581</sup> “Estos conocimientos criminológicos encuentran su impresionante constatación psicológico-experimental en el experimento MILGRAN, en el cual se evidenció una disposición de obediencia extremadamente alta del hombre integrado en un sistema jerárquico. Esta disposición se elevaba aún más cuando la persona objeto de experimento no veía ni oía a la víctima. También en este punto concurre un respaldo desde la perspectiva sociológico-organizacional. Según ésta, el ambiente de motivación en sistemas formalizados posibilita que cualquiera informaciones se tornen autoritativas. El superior puede definir determinadas comunicaciones como señales desencadenantes de ciertas decisiones de los subalternos. Sin que se necesite en esta medida una influencia directa de un órgano de dirección, la dependencia del empleado respecto de su puesto de trabajo, casi en el límite a la coacción, lo llevará en caso de duda a fomentar el modelo de comportamiento que él perciba como funcional a los fines de la empresa.” (HEFENDEHL, 2004, p. 53-54).

<sup>582</sup> “Como es bastante sabido, el efecto de la “obediencia a la autoridad” fue estudiado por el psicólogo social Stanley Milgram, a través de un experimento realizado en 1961. Por medio de éste se pretendía medir la disposición de un agente a obrar conforme a las órdenes que le imparte una autoridad (aun en contra de sus creencias).” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 228).

<sup>583</sup> A experiência consistia em ordenar a um sujeito, que ignorava a real intenção da pesquisa, a administrar choques elétricos a uma vítima. Um simulador era usado, com 30 marcadores de níveis, variando entre 15 a 450 volts e os choques eram aplicados após cada resposta errada. Quando havia alguma hesitação em seguir o roteiro, a pessoa que se intitulava como pesquisador afirmava que era necessário continuar com o experimento.

os crimes bárbaros da época do regime nazista e os resultados da experiência foram apresentados no seu livro *Obedience to Authority: An Experimental View*. Antes disso, Milgram já havia publicado o seu experimento no artigo *Behavioral Study of Obedience* no *Journal of Abnormal and Social Psychology*, em 1963, e chegou a conclusão de que obediência é um mecanismo psicológico que liga a ação individual a propósitos políticos. É o rígido arranjo que cega os homens ao sistema de autoridade.<sup>584</sup>

Curioso observar que, segundo as conclusões do experimento, o contexto das ações sempre deve ser considerado, assim como é interessante perceber que, quando a pessoa que aplicava o choque estava mais próxima da vítima, o experimento demonstrava que a obediência em cumprir ordens se reduzia significativamente. Nesse caso, a relação espacial entre a pessoa em teste e a vítima é relevante para observar o grau de obediência. Outro ponto interessante é que, quando a ordem era emitida presencialmente, havia incremento da obediência em três vezes, se comparado com ordens dadas por telefone.

Ainda no aspecto da obediência à autoridade, Silva Sánchez diz que o sujeito, mesmo consciente das consequências do seu comportamento, transfere a imputação da responsabilidade ao seu superior.<sup>585</sup> O jurista espanhol baseia-se nos conhecimentos da *behavioral law and economics* e da *psicologia social* para explicar o comportamento do indivíduo em um ambiente corporativo.

Há uma série de circunstâncias que afetam a tomada de decisão em um ambiente corporativo. Silva Sánchez cita a racionalidade limitada (*bounded rationality*), cuja explicação consiste no fato de que qualquer agente opera com limitações cognitivas tais como erros de percepção, erros de análises e juízos influenciados. Cita também a força de vontade limitada (*bounded willpower*), ou seja, o agente, ao dispor de um autocontrole limitado (*bounded self-control*), geralmente toma decisões ou adota medidas embora possa ser prejudicado a longo prazo. Sobre o autointeresse limitado (*bounded self-interest*) explica que

---

<sup>584</sup> “Obedience is a basic an element in the structure of social life as one can point to. Some system of authority is a requirement of all communal living, and it is only the man dwelling in isolation who is not forced to respond, through defiance or submission to the commands of other (...) Obedience is the psychological mechanism that links individual action to political purpose. It is the dispositional cement that binds men to systems of authority. (...) Obedience occurs not as an end in itself, but is an element in a situation that subject construes as significant, and meaningful.” (MILGRAM, Stanley. Behavioral study of obedience. The Journal of Abnormal and Social Psychology. v. 67, n. 4, 1963, *American Psychological Association*. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/cu/psychology/terrace/w1001/readings/milgram.pdf>> Acesso em: 26 set. 2016).

<sup>585</sup> “En particular en el caso de la obediencia al superior puede pasar que, aun quando el sujeto sea consciente de las consecuencias de su comportamiento, al mismo tiempo parta de que puede imputar la responsabilidad por dichas consecuencias al superior. Por lo demás, cabe que las estructuras jerárquicas ejerzan una intensa influencia implícita sobre los modos de pensar de los subordinados, de forma que éstos pueden encontrarse coaccionados o en estado de miedo insuperable ante la autoridad. En estos supuestos, se produce un desplazamiento del miedo del sujeto a la pena por el miedo hacia al superior o hacia la empresa como organización.” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 234).

o agente se preocupa em realizar negócio justo e equitativo, mas espera receber o mesmo tratamento em contrapartida.<sup>586</sup>

No aspecto individual, também há fatores mencionados por Silva Sánchez que podem afetar a inclinação para a prática de um ato. O jurista elenca o excesso de confiança, o excesso de otimismo, a ilusão de controle, o viés de confirmação e o viés egoísta. Todos esses fatores podem ter influência na tomada de decisões no âmbito empresarial.<sup>587</sup>

Na dinâmica de grupo, a psicologia social indica que decisões individuais podem ser influenciadas pelas forças situacionais, ou seja, a tomada de decisão pode ser influenciada pelo contexto no qual o indivíduo está inserido. Com efeito, nem sempre os agentes se comportam conforme suas disposições internas.<sup>588</sup> Isso significa que as pessoas tendem a incorporar o papel assumido e designado pela autoridade hierárquica. Há também o viés de conformidade (*conformity bias*) que é a tendência de o agente se mostrar conforme a opinião da maioria, ainda quando suas convicções pessoais sejam outras. Sob esse ponto de vista, os sujeitos interiorizam o papel que lhes toca desempenhar dentro de um grupo, não somente quando estão inseridas em aparatos organizados de poder desvinculados do Estado de Direito.

Silva Sánchez também afirma que é necessário dar a devida valoração para os casos nos quais a conduta é praticada sem reflexão. Em outras palavras, diante de um ambiente corporativo, há a possibilidade de existir automaticidade em algumas condutas.<sup>589</sup> Esse argumento é utilizado na economia comportamental e explorado por Daniel Kahneman para explicar que, no ambiente corporativo, as pessoas tomam algumas decisões rápidas e outras de forma refletida.<sup>590</sup>

Com o entendimento de Carlos Gomes-Jára Díez, ao substituir a palavra hierarquia por *heterarquia*, conclui-se que a automaticidade do cumprimento da ordem não pode ser exigida em grau que lhe confira certeza do seu cumprimento, pois certeza não existirá nem mesmo

<sup>586</sup> *Idem*, 204-206.

<sup>587</sup> *Idem*, p. 208-212.

<sup>588</sup> “Por su parte, desde la psicología social se sostiene que en las dinámicas de grupo las decisiones individuales pueden verse condicionadas por las llamadas fuerzas situacionales (contexto y proceso). Esto significa que los agentes no siempre se comportan según su disposición interna, aunque ésta también los condicione. Así, es cierto que por regla legal las personas están acostumbradas a comportarse de una forma determinada (en los ámbitos conocidos: familiar, laboral, social). Sin embargo, al acceder a nuevos ámbitos, suelen admitir patrones de conducta también nuevos, sin llegar a percibirlo por completo. Esta influencia, muchas veces “imperceptible”, es lo que se ha denominado el poder de las fuerzas situacionales. En el marco de un grupo, serían fuerzas situacionales las siguientes: los roles, las normas, las reglas y la autoridad, el anonimato y la desindividuación de las personas y del lugar, los procesos muchas veces deshumanizadores, las presiones para obtener conformidad o la identidad colectiva; entre otras.” (*Idem*, p. 206).

<sup>589</sup> “Según se ha indicado, los sesgos cognitivos se generan en el razonamiento intuitivo, sin demasiada reflexión. Parece, pues, que bajo su influencia el sujeto obra, si bien de forma voluntaria, de un modo automatizado sobre la base de una serie de errores sistematizados por la habituación. Por tanto, es necesario definir que valoración merece esta circunstancia compleja.” (*Idem*, p. 217).

<sup>590</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Thinking fast and slow*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

quando houver um aparato organizado de poder desvinculado do Estado de Direito na forma proposta por Roxin.<sup>591</sup>

Parte-se do pressuposto, neste trabalho, que o ambiente corporativo tem a capacidade de influir no comportamento individual e isso significa que nem sempre a pressão coletiva fará com que o indivíduo pratique condutas contrárias ao que o seu discernimento entende por certo ou errado. No entanto, essa mesma premissa leva a acreditar que aqueles que detenham o poder dentro de sociedades empresariais possam dela se valer para obter tantos fins lícitos quanto ilícitos, ainda que os fins ilícitos sejam apenas para obter lucro. Trata-se de instrumento adequado a exercer o poder de mando, conforme mencionava Tobias Barreto<sup>592</sup>, razão pela qual seria mais apropriado em se falar em “domínio social” em vez de “aparato injusto”.<sup>593</sup>

O exemplo paradigma utilizado por Roxin (caso *Eichmann*) deve ser compreendido com certa dose de interpretação, pois é necessário verificar não somente a estrutura e o modo de funcionamento das organizações em cujo seio se cometem delitos, mas também a própria natureza do delito em questão. Crimes envolvendo empresas, mormente em delitos financeiros, possuem outro viés valorativo.<sup>594</sup>

<sup>591</sup> “En términos de teoría de la organización, se ha planteado hasta qué punto una jerarquía que resulta adecuada para transportar las órdenes vinculantes desde arriba hacia abajo resulta al mismo tiempo adecuada para transportar en el mismo canal el necesario conocimiento del entorno desde abajo hasta arriba. Por ello se han buscado vías alternativas para hacer frente a estas cuestiones. De esta manera, comienza a considerarse que el término que caracteriza con mayor precisión a las organizaciones empresariales modernas es el de *heterarquía*, lo cual supone que las mismas organizaciones se observan como organizaciones impredecibles y no pronosticables; a los efectos que aquí y ahora interesan, *ello tiene como consecuencia fundamental que no puede hablarse en absoluto de la certeza del cumplimiento de la orden* de la que ROXIN parte en su construcción del dominio de la organización.” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012, p. 141-142).

<sup>592</sup> “As exigências conceituais do mandato, assim exposto, são as seguintes: 1º, que a vontade do mandante se tenha proposto praticar uma ação punível, certa e *definida*, pelo *medium* da actividade physica de outrem; 2º, que ele, em consequencia, deste *animus delinquendi*, tenha determinado, por um meio *eficaz*, outra pessoa a commetter a ação criminosa; 3º, que essa outra pessoa, em virtude da determinação de sua vontade por intermedio do mandante, tenha commettido a ação respectiva.” (BARRETO, 1892, p. 241).

<sup>593</sup> “Además de la fundamentación de SCHILD, también GROPP encamina sus reflexiones hacia una suerte de dominio social. Así, en su comentario a la referida sentencia del Tribunal Supremo alemán de 1994, GROPP hace referencia al dominio social para caracterizar el *actuar en el seno de “cursos reglados”*, circunstancia que, a su parecer, fundamenta el dominio de la organización necesario para la autoría mediata. Por lo tanto, la cuestión decisiva no es que el aparato de poder sea un “aparato injusto”, sino que el aparato de poder pueda fundamentar el *dominio social*.” (*Idem*, p. 121).

<sup>594</sup> “En mi opinión, el fundamento dogmático no sólo se debe encontrar en la estructura y modo de funcionamiento de las organizaciones en cuyo seno se cometan los delitos, sino también en la propia naturaleza del delito en cuestión. Desde luego, no es lo mismo la realización de un genocidio a través de un aparato de poder estatal que la de un delito societario de administración fraudulenta en el ámbito de una sociedad bancaria. Como tampoco es lo mismo el atentado terrorista que lleva a cabo un comando siguiendo las instrucciones más o menos genéricas respecto a los detalles e identidad de las personas víctimas del atentado, de la cúpula de la organización, que el daño medioambiental o la intoxicación alimenticia que se produce por defectos de funcionamiento de una instalación industrial, o en la elaboración, distribución o venta de los alimentos.” (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 76).

É compreensível a preocupação de Roxin em querer elaborar uma teoria na qual se diminua, ao máximo, a discricionariedade judicial. Sua justificativa está pautada no balanço entre segurança jurídica e justiça, o qual reconhece que nunca poderá se resolver por completo.<sup>595</sup>

No entanto, há que se contrabalançar até que ponto pode ser mais útil a utilização de balizas mais rígidas na compreensão no domínio do fato e se, na maioria das vezes, a aplicação da teoria se revelará uma situação justa.

Parece razoável entender que a reunião de alguns fatores como a existência de uma organização com poder de mando e a desvinculação do ordenamento jurídico em relação à atividade fim dessa mesma organização levam a uma diminuição da autorresponsabilidade dos executores e a uma posição de incremento na possibilidade de vulneração do bem jurídico tutelado pelo superior hierárquico. A facilidade na substituição dos agentes executores, em algumas circunstâncias, pode aumentar a dinâmica quanto à repetição e a automaticidade do delito.

Refletindo-se sobre as possibilidades reais de afetação a bens jurídicos transindividuais, como já ocorreram nos casos da *Enron*, da Ação Penal 470, do *Dieseltgate* da *Wolkswagen*, e do desastre em Mariana, revela-se plausível a conclusão de Hefendehl de que quem detém o domínio de determinadas estruturas hierárquicas carrega o encargo de não as utilizar para lesionar bens jurídicos.<sup>596</sup>

#### **4.5 A relação hierárquica e hipóteses de coautoria (domínio funcional do fato)**

Até este momento foi apresentada a possibilidade de se utilizar a teoria do domínio da organização (com os devidos ajustes) para situações específicas no âmbito de organizações empresariais. Essas situações específicas são mais apropriadas para organizações empresariais que não sejam pequenas, ou seja, que tenham relativa cadeia hierárquica para circunstâncias na qual o emissor da ordem não necessite ter contato com o executor. Foi afirmado que essa

<sup>595</sup> “El que la evolución global aquí sólo esbozada sea o no asumible es evidentemente discutido. En definitiva, se trata de la contradicción, subyacente a la propia idea del Derecho, entre las exigencias de la seguridad jurídica y la justicia del caso concreto, que nunca podrá resolverse por completo. No es éste el lugar adecuado para tratar el problema con amplitud; pero ello es tanto menos necesario cuanto que probablemente no será posible una solución igualmente válida para todos los casos. Aquí debe bastar abordar sólo para el concepto de autor esa cuestión aún no planteada en este ámbito básicamente.” (ROXIN, 2000, p. 135-136).

<sup>596</sup> “Quien establezca o utilice estructuras con conocimiento, de que órdenes y mandatos devienen, aun por debajo del umbral del engaño y la amenaza, autoritativas, funcionaliza estas circunstancias y las convierte en un momento de la fundamentación del dominio del hecho, en la medida en que ordena una medida penalmente relevante. Su posible defensa no surte efecto, si se basa en que es responsable por una sociología organizativa de esta índole. Porque él sólo carga con la responsabilidad de no utilizar estas estructuras mediante órdenes lesivas del bien jurídico.” (HEFENDEHL, 2004, p. 55).

espécie da teoria do domínio do fato seria possível aplicar em empresas que comportassem uma estrutura na qual houvesse uma distância intertemporal e espacial entre o emissor da ordem e o agente cumpridor.

A explicação para tal teoria é que seria possível responsabilizar (desde que com provas), inclusive como autor, a pessoa detentora de poder sobre a organização que desejasse um fato delituoso e tivesse em suas mãos instrumento apropriado (empresa). A ordem seria emitida, mas seria cumprida por uma pessoa que o emitente da ordem nem sempre saberia quem cumpriria ou até mesmo quando cumpriria.

Neste momento, discorre-se sobre uma situação um pouco distinta, que poderá ocorrer tanto em organizações empresariais complexas como, principalmente, em organizações menores.

Boa parte da doutrina rechaça a aplicação da teoria do domínio da organização para afirmar que simplesmente seria cabível a coautoria. Em muitos exemplos fornecidos, realmente, são proposições que se amoldam ao domínio funcional do fato, mas nem por isso servem de motivo para impedir o reconhecimento do domínio da organização.

As organizações empresariais, segundo Pablo Rodrigo Alflen, devem ser entendidas como qualquer outra organização, independentemente de seu objeto, e que as relações de poder variam conforme a dimensão das organizações e o funcionamento da sua estrutura.<sup>597</sup>

Quanto maior a complexidade da empresa, maior exigibilidade de conhecimento sobre a competência de cada órgão setorial. À medida que se reduz o componente organizacional, acentua-se a possibilidade de não só o ocupante do posto máximo da empresa saber sobre a prática do delito empresarial como também participar diretamente do delito. É importante ter essa percepção sobre a proximidade do emitente da ordem com o receptor, para o fim de distinguir se em algumas hipóteses poderiam existir domínio funcional do fato ou domínio da organização.

Segundo Claus Roxin, no domínio funcional do fato é imprescindível que o coautor realize a execução do fato em conjunto com o outro agente, caso contrário não possuirá

---

<sup>597</sup> “As organizações ditas empresariais, por conseguinte, devem ser entendidas como qualquer outra organização, independentemente do seu objeto. Inclusive, quanto a isso, ressalta Saigon que “na atualidade ninguém ousa discutir o caráter organizacional da sociedade anônima ou da corporação ou, para ser mais preciso, da empresa”, porém, como adverte, nesse âmbito a “ação institucional é o produto da confluência de uma constelação de fatores e não o resultado da decisão ‘voluntária’ de quem as subscrevem”, de modo que, “as relações de poder variam conforme a dimensão das organizações e o funcionamento de sua estrutura”. E justamente em razão disso não se pode prescindir da categorização das organizações empresariais como empresa individual e como sociedade empresária e simples, previstas no Código Civil Brasileiro, cuja estrutura complexa, muitas vezes, é integrada pela figura dos sócios, administrador, diretor, preposto e gerente (e, na sua dissolução, o liquidante).” (ALFLEN, 2014, p. 230).

referido domínio.<sup>598</sup> Portanto, Roxin diz que, em relação ao partícipe, faltaria a execução comum, situação que seria exigida tanto pelo legislador espanhol quanto pelo alemão.<sup>599</sup> Três justificativas se imporiam a objeção de equipará-lo a coautor. A primeira é de que a falta de decisão de realizar conjuntamente o fato é um pressuposto da coautoria.<sup>600</sup> A segunda é a execução comum do fato<sup>601</sup> e a terceira é a existência de uma decisiva diferença estrutural, da qual a autoria mediata depende de uma estrutura vertical<sup>602</sup>. Esse é o mesmo entendimento de Enrique Bacigalupo, citado por Álvaro Enrique Márquez Cárdenas<sup>603</sup>.

Por certo, não se pretende afirmar que qualquer contribuição para o fato delitivo torne alguém coautor.<sup>604</sup> Isso somente pode ser aferido em cada caso concreto. Em se tratando de

---

<sup>598</sup> “En el centro del acontecer relevante para la consideración penal se encuentra el hecho, tal como el legislador lo há descrito en los distintos tipos. Por tanto, la figura central del suceso de la acción, em el sentido antes explicado, no puede serlo alguien que no haya tomado parte en la realización de este hecho, sino que sólo haya ayudado a crear las condiciones previas del delito. Más bien éste se ve desplazado forzosamente a la periferia del suceso. Con arreglo a lo expuesto antes esto no requiere de ulterior aclaración.

Tampoco cabe decir que alguien que sólo há cooperado preparando pueda realmente “dominar” el curso del suceso. Si el otro obra libre y autónomamente, en la ejecución él queda dependiendo de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo. En la cooperación conforme a la división del trabajo en la fase ejecutiva ello es completamente distinto: aquí las aportaciones parciales se imbrican de manera que cada uno depende de su compañero y el abandono de uno hace fracasar el plan. Pero quien sólo contribuye a auxiliar en la preparación en algún momento tiene que “dejar de su mano” el hecho y confiar a partir de entonces en otro.” (ROXIN, 2000, p. 325-326).

<sup>599</sup> “Para una coautoria falta la ejecución “en común”, que exigen tanto el legislador alemán como el español (§25 II del Código Penal alemán, Art. 28 I del Código Penal español).” (*Ibidem*, 2006, p. 243).

<sup>600</sup> “Falta decisión de realizar conjuntamente el hecho, que es el presupuesto de la actuación en coautoría. Generalmente, en el los delitos en el ámbito de los aparatos organizados el que ordena y el ejecutor no se conocen. En cualquier caso, ellos no deciden nada conjuntamente ni tampoco, se sienten situados al mismo nivel. El que actúa ejecuta una orden. Esto es precisamente lo contrario de una resolución conjunta. JAKOBS no lo reconoce, sino que pretende desentenderse totalmente del criterio de la decisión de realizar conjuntamente el hecho. Pero con ello la coautoría pierde sus contornos. Quienes nada saben del resto, no se comportan conjuntamente, como la ley exige.” (*Ibidem*, 1998, p. 63).

<sup>601</sup> “Tampoco se da una ejecución común, lo que de acuerdo con una discutida pero correcta interpretación es también un elemento constitutivo de la coautoría. El “burócrata” no ejecuta nada por sí mismo, “no se ensucia las manos”, sino que se siver del órgano ejecutor. Desaparecen los contornos de la coautoría y se borran todas las diferencias frente a la autoría mediata y la inducción, cuando se incluye en la coautoría la orden de un hecho.” (*Idem*, 1998, p. 63).

<sup>602</sup> “La tesis de la coautoría elude la decisiva diferencia estructural entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (en el sentido de un desarrollo de arriba abajo, del que ordena al ejecutor), mientras que la coautoría lo está horizontalmente (en el sentido de actividades equivalentes y simultáneas). Con razón dice BLOY: <<cuando, como aquí, se deben llevar a cabo conductas claramente coordinadas de forma vertical, en las que el papel del hombre de atrás está dispuesto de antemano contando con la completa ejecución del hecho por otros, entonces claramente se habla contra.” (*Idem*, p. 63).

<sup>603</sup> “Para el profesor Bacigalupo, en la determinación de la coautoría es importante el aporte objetivo al hecho y, en consecuencia si es o no coautor. Propone el profesor la siguiente fórmula para determinar la existencia del codominio del hecho: “habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido comerterse”.” (MÁRQUEZ CÁRDENAS, 2005, p. 115).

<sup>604</sup> “Cada interviniente, para que pueda considerarse coautor, debe efectuar una contribución objetiva al hecho. La cuestión es establecer qué se entiende por tal. Según la teoría del dominio del hecho todos los coautores deben haber intervenido en el ejercicio del dominio del hecho. Naturalmente, no toda la función realizada en el seno de la división del trabajo convierte al sujeto en coautor, porque no toda función desarrollada le confiere el dominio funcional del hecho. Es preciso que esa función sea necesaria para la realización del hecho. Por necesaria suele entenderse lo que es esencial, en oposición a lo accidental o subsidiario.” (*Idem*, p. 114).

delitos empresariais, a importância do superior hierárquico está calcada no seu poder de mando e na possibilidade de evitar um dano mediante uma contraordem.

O ponto nodal é que o acordo comum é o componente subjetivo necessário para a coautoria.<sup>605</sup>

Nesse sentido Ana Isabel Pérez Cepeda, à luz do Código Penal espanhol, diz que não há empecilho em reconhecer a existência de coautoria, porque a legislação prescinde do requisito de que os coautores tomem parte direta na execução dos fatos.<sup>606</sup> Essa legislação, observe-se, é semelhante à legislação brasileira.

Alicia Gil Gil entende que nas organizações criminosas pequenas haveria a ausência de fungibilidade dos executores, pois são baseadas em relações pessoais. Assim, a solução seria castigar o chefe do grupo como coautor, caso o chefe atue próximo às tarefas de direção durante a execução, ainda que seja dirigida à distância.<sup>607</sup> Esse entendimento pode ser trasladado para as organizações empresariais.

A proximidade entre empregador e empregado permite o contato entre ambos e o planejamento da conduta. A circunstância de existir ordem e obediência não desnatura a coautoria porque o empregado tem a possibilidade de recusar o cumprimento da ordem. Caso sofra coação irresistível, a figura se transmudaria do domínio funcional do fato para o domínio da vontade por coação.

Embora Francisco Muñoz Conde não admita a transposição do domínio da organização para delitos empresariais, expõe a opinião de que na criminalidade empresarial

---

<sup>605</sup> “Para Jescheck, el acuerdo común es el componente subjetivo necesario de la coautoría. Lo que constituye la única justificación de la posibilidad de imputar recíprocamente las contribuciones al hecho. No basta un consentimiento unilateral, sino que todos deben actuar en una cooperación consciente y querida. El acuerdo puede producirse tácitamente o mediante actos concluyentes. No es preciso que los coautores se conozcan entre sí, sino responden en la medida en la que cada uno de ellos resulte ya consciente de que junto a él va a colaborar otro u otros, y éstos se hallan imbuidos de la misma conciencia.” (*Idem*, p. 113).

<sup>606</sup> “Comparto la opinión de que en este caso, puede considerarse que existe coautoría porque el art. 28 CP prescinde del requisito de que los autores tomen parte directa en la ejecución de los hechos, disponiendo que quienes realizan el hechos y, por supuesto, pueden ser más de un sujeto. Además, creemos que esta objeción se olvida de que el propio tipo podría estar compuesto por más de una acción. En consecuencia, la aportación de un interviniente coautor no es necesaria que se realice en la ejecución del hecho, como exigía la teoría objetivo-formal para todos los supuestos de coautoría.” (PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 117).

<sup>607</sup> “Pero volviendo al tema que nos ocupa en este trabajo, lo cierto es que además del argumento de que la amplitud de la figura de la coautoría tal y como la entienden nuestros tribunales há hecho innecesario para ellos acudir a nuevas construcciones, también hay que tener presente que aun cuando se admitiera la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados, de la que nos ocuparemos infra, esta construcción exige una serie de requisitos que no se dan en todos los casos que hemos analizado anteriormente. Por ejemplo en casos de organizaciones pequeñas, basadas en las relaciones personales de sus miembros, como pudieran ser los GAL e incluso ETA, no puede predicarse la fungibilidad del ejecutor, por lo que la solución para castigar al jefe de la banda será la de coautor, si actualiza sus tareas de dirección durante la ejecución (y tal actividad se considera una contribución esencial que le otorga el codominio funcional del hecho), aunque sea dirigiendo a distancia la ejecución del delito, o la de inductor o cooperador necesario en contrario.” (GIL GIL, Alicia. La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, Tomo 61. n. 1, p. 64-65, 2008).

não seria exigível que o autor intelectual participasse diretamente na execução do delito, abrindo a possibilidade de configurá-lo como coautor.<sup>608</sup> Portanto, no entendimento de Muñoz Conde, no marco da delinquência organizada, a melhor proposta seria a coautoria.<sup>609</sup> Essa é a posição também que vinha adotando a jurisprudência espanhola, conforme afirmado por Alicia Gil Gil.<sup>610</sup>

No âmbito da jurisprudência nacional, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que a contribuição para a prática do delito, para a configuração do domínio do fato, não precisa ser obrigatoriamente na sua execução.<sup>611</sup> No mesmo sentido se encontram decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que considera coautor não somente quem executa pessoalmente o núcleo do tipo, mas também aquele que planeja e dirige a ação dos demais agentes.<sup>612</sup>

Ao que se denota, a grande maioria das empresas são de pequeno porte. Como consequência disso, é de se supor que as relações entre empregadores e empregados sejam mais próximas, fazendo com que o concurso de agentes, na maioria das hipóteses, ocorra na modalidade domínio funcional do fato.

<sup>608</sup> “Como ya he dicho antes, considero que el requisito asumido por la doctrina dominante de que es necesario que el coautor intervenga también en la fase ejecutiva no puede entenderse en el ámbito de la criminalidad de empresa del mismo modo que en los delitos contra la vida o contra la libertad o contra la propiedad. En éstos la acción directa, pero en la criminalidad de una empresa tiene otra significación, pues no es otra cosa que el poner en marcha la decisión de un hombre de atrás que es el que realmente la controla y la domina. El *dominio funcional del hecho* que es, en opinión de ROXIN y también, por las razones anteriormente expuestas, en la mía, lo que fundamenta la coautoría, puede darse también en la fase preparatoria cuando *configura* la ejecución o está tan íntimamente vinculada con ella que debe valorarse como un todo en una consideración global del suceso. Ésta, en mi opinión, es la única tesis que puede explicar correctamente el sentido y el significado jurídico-penal de decisiones en el seno de un órgano colegiado como es una votación en el marco de la cúpula o Consejo de Administración de una empresa, que constituye la base para la ejecución de determinados hechos que constituyen tipos delictivos. Lo que no excluye en todo caso que el ejecutor pueda responder, si se trata de un delito especial, y no tiene, ni directa ni indirectamente a través de la cláusula contenida en el art. 31, la cualidad exigida en el tipo, por la figura del cooperador necesario, o por complicidad, que es lo que hace normalmente la jurisprudencia cuando castiga al no cualificado que interviene en la realización de un delito especial.” (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 82).

<sup>609</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>610</sup> “Se puede decir, por tanto, decir, por tanto, que en la jurisprudencia española há imperado la tesis de la coautoría para imputar a los dirigentes los delitos cometidos por los subordinados.” (*Op. cit.*, p. 60).

<sup>611</sup> “PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. COAUTORIA. PRINCÍPIO DO DOMÍNIO DO FATO. EMBOSCADA. ART. 61, II, "c", DO CP. AGRAVANTE GERAL NÃO-APLICÁVEL AO COAUTOR QUE A DESCONHECIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução. 2. A agravante da emboscada, prevista no art. 61, II, "c", do CP, não configura elementar do delito de latrocínio, sendo aplicável apenas ao executor da conduta, não se estendendo ao coautor que a desconhecia. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para, reconhecendo a atuação do réu como coautor do delito de latrocínio, afastar a incidência do art. 29, § 1º, do CP, restabelecendo o acórdão proferido em sede de apelação. (RESP nº 1068452, 5ª Turma, DJE 29.6.2009, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima).

<sup>612</sup> 7. Pela teoria do domínio do fato, autor não é somente quem executa pessoalmente o núcleo típico, mas também aquele que planeja e dirige a ação dos demais criminosos.” (TRF1 - ACR 00038551520124013811, 3ª Turma, e-DJF1 15.6.2016, Relator Desembargador Ney Bello).

Nesse aspecto, mesmo considerando a existência de hierarquia entre empregador e empregado nas relações funcionais, a autorresponsabilidade do empregado faz com que, mesmo que exista desnível de vontades no plano da mentalidade não manifestada, o empregado tenha a possibilidade de não praticar o delito, ainda que da recusa em praticar o crime lhe advenha consequências funcionais.

Além dessas considerações, outro aspecto importante de se destacar é a responsabilidade daquele superior hierárquico que conhecia a atitude criminosa do empregado e nada fez. A postura a ser adotada é a de considerar essa omissão como causa suficiente para a configuração da autoria. Isso significa que seria incoerente caracterizar o diretor da empresa como partícipe quando tenha ordenado um fazer e reconhecê-lo como autor quando teve uma postura omissiva.

As conclusões a respeito da responsabilidade penal do dirigente é de entendê-lo como autor, tanto no domínio da organização (com as peculiaridades mencionadas neste trabalho) quanto no domínio funcional do fato, pois coautor nada mais é que um autor.

#### **4.6 A responsabilidade penal dos executores materiais**

Pode-se imaginar uma divisão entre três grandes atores em uma organização empresarial complexa. O agente que organiza e determina a realização de um procedimento, o agente que transmite a ordem e o agente executor.

Com exceção daquele agente executor que é utilizado como instrumento para prática de delito, todos os demais que incidem diretamente no verbo do tipo penal são tratados como autores, por forte influência da teoria objetiva-formal sobre a teoria do domínio do fato.

No entanto, Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos explica que não existe unanimidade quanto à responsabilidade do executor material. Há os que defendem a impunidade e os que defendem que os executores devem responder como coautores.<sup>613</sup>

Conforme explicitado por Francisco Muñoz Conde, importante setor da doutrina há algum tempo questiona a circunstância de o executor material direto ser o principal responsável pelo fato delitivo.<sup>614</sup> A questão não é somente essa. A controvérsia pode se acirrar

---

<sup>613</sup> “Los subordinados que ejecutan el hecho delictivo con conocimiento de su ilicitud cumpliendo una orden emitida por un superior jerárquico es el supuesto menos problemático para la doctrina. Aunque no existe unanimidad sobre la responsabilidad criminal del ejecutor material si es posible agrupar las diferentes soluciones en estas dos: por un lado, aquellos autores que defienden su impunidad y, por otro los que entienden que éstos deben responder como autores (autor o coautor).” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 43).

<sup>614</sup> “Actualmente parece que hay acuerdo en un importante sector da doutrina en cuestionar, por lo menos respecto a algunas formas de criminalidad y sobre todo respecto a aquella que se comete en el ámbito de una

se vislumbrar a possibilidade de o agente executor ser considerado partícipe em determinadas hipóteses abrangidas pelo Direito Penal Econômico. Muñoz Conde afirma que em determinados eventos as ações executivas são em si mesmas irrelevantes, mas ao se conjugarem com o contexto adquirem relevância jurídico-penal.<sup>615</sup>

O Ministro Ayres Brito, ao julgar a Ação Penal nº 470, atenuou a pena atribuída a uma das pessoas condenada em razão de considerar que a acusada foi apenas autora imediata do fato delitivo com menor relevância.<sup>616</sup> Segundo o Ministro, a ré teria sido mera executora das ações previamente arquitetadas pelos outros acusados.<sup>617</sup>

Nesse mesmo sentido, Bernardo José Feijoó Sanchez entende que as pessoas se encontram condicionadas pelo seu papel dentro da organização social e que quanto mais abaixo da estrutura hierárquica menor responsabilidade existirá.<sup>618</sup>

gran empresa, la idea de que el ejecutor material directo del hecho es el principal responsable del mismo.” (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 75).

<sup>615</sup> “Pero donde más se notan las insuficiencias de la teoría objetivo-formal de la autoría es en los ámbitos delictivos en los que la realización del delito se produce a través de organizaciones, grupos de personas, aparatos de poder, en los que la verdadera responsabilidad de las acciones que se realizan recae en las persona que las deciden y no en las que la ejecutan, que aunque también puedan ser responsables tienen en todo caso una responsabilidad subordinada y, portanto, accesoria de los verdaderos responsables tienen en todo caso una responsabilidad subordinada y, por tanto, accesoria de los verdaderos responsables. Ello se debe también a la irrelevancia que en sí mismas acciones penalmente irrelevantes, que sólo adquieren un significado o relevancia penal situadas en un determinado contexto y en la medida en que formen parte de un plan conjunto de decisión criminal. Sólo así se explica que en muchos de estos delitos, el ejecutor de las acciones sea un personaje secundario, sin capacidad de decisión e incluso sin conciencia clara de la relevancia penal de su comportamiento, por lo que muchas veces queda al margen de la persecución penal.” (*Idem*, p. 75).

<sup>616</sup> Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Brito na Ação Penal nº 470: “Mas essa trama delituosa passou por um refinamento mental, uma Sofisticação de elaboração, e ela não trabalhou nesse campo da mentalização das coisas. Ela foi executora. Claro que se envolveu muito com dinheiro. Eu até confesso que, quando estava lendo, pela primeira leitura, eu pensei em condená-la com igual rigor, mas, relendo os autos, revisitando, cheguei à conclusão de que aquela gradação, estabelecida pelo Ministro Joaquim Barbosa, me parece procedente. (...) Marcos Valério, seus sócios, imone de Vasconcelos, essa gradação me parece proporcional à gravidade da coautoria dos membros da quadrilha ou do núcleo chamado publicitário” (fl. 58.840).

<sup>617</sup> Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Brito na Ação Penal nº 470: “Peço vênica à divergência para acompanhar Sua Excelência o Relator. O fato de se chamar Simone de instrumento, de braço, já mostra a relevância menor do papel dela, que não foi propriamente uma mentora, não concebeu essa trama delituosa. Até porque vimos todos que, no curso dos fatos delituosos, quem era no início meramente operacional, um operador, tornou-se mentor também. Há uma mescla, por exemplo: Marcos Valério no início não era tido como um mentor. Mas, à medida que as ações delinquentes foram se desenvolvendo, ele foi assumindo o papel de relevo. E não era só um operador financeiro ou publicitário, ele mantinha uma interface tão permanente e estreita com os dois outros núcleos, que, de fato, o papel dele foi estruturante, foi estrutural. E a Simone de Vasconcelos parece-me que não saiu do campo operacional, não ultrapassou esse campo da execução material, para o refinamento, a sofisticação da trama, acho que a Simone não contribuiu. Ou, se o fez, foi por um modo comparativamente reduzido.” (fl. 58.847)

<sup>618</sup> “De forma coerente com a sua teoria da imputação objectiva como infracção de um papel social, Jakobs afirma que em casos de divisão estrita de funções pode-se chegar à conclusão de que determinadas tarefas de que se ocupam os últimos escalões das organizações são instrumentais, isto é, equivalentes às que realizaria uma máquina. Jakobs defende que, nestes casos, o ordenamento jurídico não assume e define estes sujeitos como responsáveis, mas apenas como uma espécie de substitutos de coisas (por exemplo, o garçom cumpriria a função de uma correia transportadora). Não é evidente, para mim, no entanto, que as formas de organização social, por mais complexas que sejam, privem absolutamente os indivíduos das suas características auto-responsáveis, isto é, das características de pessoas às quais se reconhece a liberdade de organização, e, por isso, pode-se imputar a violação de uma norma. Se assim é, o dever dessas pessoas - ainda que seja verdade que se encontra

Há certas situações em que o executor poderá participar com conteúdo axiológico de menor repúdio. Imagine-se o empregado de um supermercado que ao ser questionado pelo consumidor a respeito da qualidade ou quantidade de um produto exposto à venda com informações falsas confirme as informações e venda o referido produto. O simples fato de o produto estar à venda com as informações falsas já faz com que o responsável pela exposição incida em fato típico<sup>619620</sup>. No entanto, a conduta de incentivar a venda, confirmando a afirmação falsa como se fosse verdadeira não seria imprescindível para a realização de um fato já consumado, porém aumenta a potencialidade lesiva que a norma pretende inibir.

Da mesma forma se pode citar a situação de um gerente bancário que negocie debêntures sem lastro ou garantia suficiente. Evidentemente, no exemplo citado, o gerente deverá saber dessa condição do título e não atuar como mero instrumento sem consciência do ato que está executando. Nessa hipótese, como a emissão e o oferecimento já são por si só constitutivos da infração penal, o gerente estará potencializando a lesão ao bem jurídico quando oferecer ao investidor o referido papel. Em situações similares, o título muitas vezes se encontra disponível na *internet* para que o próprio investidor o adquira.

Nessas hipóteses, quando houver tipos penais mistos alternativos, pode se cogitar, em razão de situações específicas a serem ponderadas no caso concreto, de se entender que a conduta do executor possa ser considerada de menor relevância.

Portanto, não é de se excluir a possibilidade, em algumas situações que se vislumbram aparentemente excepcionais, de imputar ao agente, que atua como se fosse quase um instrumento, a condição de partícipe. Essa situação não seria para qualquer hipótese, como se poderia imaginar em delitos contra a vida e contra a liberdade sexual.<sup>621</sup>

condicionado pelo seu papel dentro da organização social e que, quanto mais abaixo da estrutura hierárquica, menos responsabilidade existe - de evitar que a sua organização produza *outputs* lesivos para outras pessoas não desaparece, sendo tão só modificado e minimizado. O seu âmbito de competência é mínimo, mas não necessariamente inexistente. A questão, como em todos os casos, é determinar se a sua contribuição causal ou a não evitação do dano continuam a ser da sua competência.” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012, p. 47-48).

<sup>619</sup> Artigo 66 do CDC:

“Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.”

<sup>620</sup> Artigo 7º da Lei nº 8.137/1990:

“Constitui crime contra as relações de consumo:

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;”

<sup>621</sup> “Ello sería, por supuesto, impensable en el caso de los ejecutores de delitos contra la vida, la libertad sexual, violentos contra la propiedad, etc., en los que la fase ejecutiva, incluso la realización de propia mano de la acción típica, es lo decisivo.” (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 75).

#### 4.7 A responsabilidade dos agentes intermediários

A doutrina tem se dividido entre o posicionamento de que o mandante intermediário pode ser qualificado como coautor ou como partícipe (indutor).

Claus Roxin menciona que não somente o autor mediato é o chefe máximo de uma organização. Também pode ser autor quando alguém atua por encargo de uma instância superior. Em sentido contrário, quem apenas colabora poderá ser considerado somente partícipe.<sup>622</sup>

De modo similar é o pensamento de Jorge de Figueiredo Dias<sup>623</sup> e de Germano Marques da Silva<sup>624</sup>, para os quais é possível a “instigação à autoria”, sem descartar a hipótese de serem tratados como cúmplices quando forem meros transmissores ou intermediários do propósito do instigador.

Os intermediários que transmitem a ordem, na concepção de Enrique Gimbernat Ordeig, seriam cúmplices, pois apenas comunicariam a ordem estabelecida pela camada hierarquicamente superior.<sup>625</sup> Não obstante isso, Gimbernat Ordeig resguarda a hipótese de o

<sup>622</sup> “Autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jeraquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo. Puede por lo tanto ser autor incluso cuando él mismo actúa por encargo de una instancia superior, formándose así una cadena completa de autores mediatos. Por el contrario, quien colabora con el que da la orden, por ejemplo, realizando un trabajo acesorio, sólo será cómplice.” (ROXIN, 1998, p. 64).

<sup>623</sup> “Não se descortina, em geral, argumento válido que, segundo o nosso direito penal vigente, possa opor-se à punibilidade de princípio da instigação em cadeia. Ponto é (apenas, mas necessariamente!) que, relativamente à conduta de cada um dos elos da cadeia, se possa afirmar que ele **determinou** - ainda que só de forma *mediata* - o executor à prática do **facto ilícito-típico**, tendo este dado início à execução nos termos atrás expostos.

Indispensável é que, por conseguinte, relativamente a ele possa ser afirmado aquele **domínio da decisão** - que não da mera “motivação” - do autor imediato que vimos ser a essência mesma desta forma de autoria; aliado, é verdade, a um certo domínio da própria execução, pelo menos na medida em que lhe pode pôr termo. Quem possui este domínio é **autor** a par de outros autores, tornando-se assim a instigação em cadeia - ou, se quisermos, a “instigação à instigação” - em caso particularmente frisante da “sucessividade do domínio do facto” que infra, §78, será referida como característica da instigação. Relativamente aos elos da cadeia que não possuam um tal domínio - porque se assumiram como meros transmissores ou intermediários do propósito do instigador -, eles não serão autores mas apenas poderão ser considerados e punidos como *cúmplices*.” (DIAS, 2007, p. 814-815).

<sup>624</sup> “Com FIGUEIREDO DIAS também nos parece que nas situações de instigação em cadeia devem ser punidos como instigadores os elos da cadeia que detiverem o domínio da decisão do executor material e como cúmplices os que não possuírem tal domínio e restringirem a sua intervenção à de mero transmissor ou intermediário do propósito do instigador.” (SILVA, 2009, p. 357).

<sup>625</sup> “A pesar de no ser un nazi prominente, Eichmann ocupó un puesto clave en el delito de genocidio perpetrado por los nacionalsocialistas: director del Departamento Central para la Emigración Judía. La tarea de este Departamento de tan inofensivo nombre consistía en localizar a los judíos que se encontraban en los países europeos ocupados, detenerlos y transportarlos a los campos de concentración para que fuesen asesinados en las cámaras de gas. Si la actividad de Eichmann se mantuvo dentro del marco de la llamada <<solución final>>, su conducta, a pesar de complicidad en cada una de las muertes perpetradas. Únicamente si incluyó en el plan a víctimas que no estaban previstas, sería responsable, como inductor, por esas muertes concretas - no de la de los 6.000.000 -, en concurso con complicidad por los millones de asesinatos restantes. He de confesar que, respecto de Eichmann, esta solución no me deja del todo satisfecho.” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y complice en Derecho Penal. Madrid: Universidad de Madrid, 1966, p. 193).

comunicante da ordem desviar do plano original proposto. Nesse caso, o intermediário, com poder de mando sobre o executante, poderia ser qualificado como “indutor”.<sup>626</sup>

Alicia Gil Gil entende que o membro da cadeia de mando que exerce a autoridade para transmitir a ordem deve ser considerado indutor.<sup>627</sup> Justifica que a cadeia de mando da organização se comporta como um mecanismo semiautomático na transmissão da ordem, mas pode exercer sua autoridade em uma cadeia hierarquizada.<sup>628</sup>

Ana Isabel Pérez Cepeda entende que não é possível em regra qualificar o intermediário como indutor, pois, para que se possa assim qualificá-lo, seria necessário tomar contato com o potencial autor, cooptá-lo para seu plano e vencer suas resistências.<sup>629</sup> No

---

<sup>626</sup> “En el caso del genocidio, y a pesar de que la situación fáctica es sumamente peculiar y confusa, creo que hay que decidir adí: Hitler y algunos otros jefes nazis son inductores de *todos* los delitos cometidos dentro del marco de la llamada solución final de la cuestión judía. Era la voluntad del llamado <<Führer>> o de algún otro nazi promitente como Himmler la que determinaba a se lo dijese el sargento que le transmitía la orden; sino porque este sargento, por su propia cuenta, hubiese dispuesto la comisión de asesinatos <<fuera del plan>> (de enemigos personales suyos, por ejemplo) es probable que el autor material se hubiese negado a actuar; y si hubiese cumplido esa orden, entonces sí que habría que considerar a ese hipotético sargento el inductor de esos asesinatos concretos.

Con esto llegamos al único supuesto en que un miembro intermedio puede ser hecho responsable como autor (más concretamente: como autor por inducción); a saber: cuando su orden se desvíe del plan establecido e incluya como víctimas a sujetos cuya muerte no estaba prevista; pues respecto de estas muertes la idea parte de él y es él que convence, el que induce: no existe ninguna instancia superior a la que pueda remitir su responsabilidad.” (*Idem*, p. 192).

<sup>627</sup> “Entiendo que no cabe considerar como cómplices a todos aquellos que actúan únicamente antes de que el ejecutor tome la decisión - acepte la orden - de cometer el delito. Aquel cuya aportación al hecho empieza y acaba antes de que el ejecutor tome la resolución delictiva - por ejemplo quien solo trasmite la orden que debe cometerse determinado delito a outro mando encargado a sua vez de darla al ejecutor - no puede ser considerado cómplice de un autor que aún no existe - aún no há dado comienzo a la ejecución y ni tan siquiera está resuelto a cometer el concreto delito - pues no cabe entender como cómplice del autor a aquel cuya aportación empieza y termina antes del acuerdo de voluntades con éste y como cómplice de otro partícipe resulta impune.” (GIL GIL, 2008, p. 67-68).

<sup>628</sup> “En mi opinión el dirigente de un aparato de poder jerarquizado podría perfectamente responder como inductor, pero no tanto porque el ejecutor actúe creyendo que cumple su voluntad y no la del superior inmediato que le da la orden, sino porque efectivamente la cadena de mando de la organización se há comportado como una mecanismo semiautomático en la transmisión de la orden, la jeraquía asegura simplemente que la orden se transmitirá, por lo que el fenómeno, desde el punto de vista de la conducta del primer inductor, se parece más a una inducción directa en la que el inductor há elegido un mecanismo complejo para hacer llegar al orden que a la participación en una participación. En primer inductor sabe que su orden se transmitirá por la cadena de mando del aparato, su conducta no es menos peligrosa por el hecho de que hata personas intermedias. Pero a su vez los mandos intermedios que ejercen autoridad al transmitir la orden deben ser castigados como coinductores, pues hacia arriba se comportan como un mero mecanismo de transmisión al obedecer la orden en el aparato de poder, pero hacia abajo ejercen su autoridad - así es como funciona una cadena de mando en un aparato jerarquizado - u por lo tanto su actividad es también de inducción. En definitiva, los casos que nos planteamos, no serían en mi opinión de mera participación en la conducta de participación de otro, inducción en cadena -, sino de una especie de <<inducción por aparatos de poder jerarquizados>>, solución que sería en mi opinión preferible a la de la autoría mediata.” (*Idem*, p. 69-70).

<sup>629</sup> “Por último, señalar que aquellos supuestos en que existan intermediarios que transmiten las órdenes a través de la estructura jerárquica entre el empresario o Consejo de administración y el subordinado. GIMBERNAT, que há rechazado la inducción en cadena defiende a su vez que, la persona que dirige, en este caso la empresa, es un inductor porque de él surge la idea del delito y la forma de ejecutarlo, respondiendo los intermediarios que transmiten las órdenes a título de cómplices al ser su conducta accesoria respecto al resto de los miembros de la organización. Pero, aquellos no se les puede imputar a título inducción, dado que para que se les pueda calificar como tal es necesario que tomen contacto con el potencial autor, captarlo para su plan y, en su caso, vencer sus

entanto, a respeito desses intermediários, com exclusividade em relação àquele que transmite a ordem ao executor, a jurista espanhola afirma que será caracterizado como indutor, e o restante, quando possuírem a faculdade de poder revogar as ordens, considera mais conveniente qualificá-los como cooperadores necessários. Caso contrário, na hipótese de apenas terem poderes para interromper temporariamente a transmissão da ordem, seriam responsáveis a título de cúmplices.<sup>630</sup>

Independentemente dos poderes conferidos ao intermediário, Kai Ambos disserta que o intermediário será coautor, pois não possuiria o domínio completo da organização, senão somente o domínio parcial desta mesma organização.<sup>631</sup>

Carlos Gomes-Jára Díez diz que toda pessoa que comunica ordens a pessoas subordinadas deve ser considerada autor mediato quando possua poder de mando independente.<sup>632</sup>

Visto isso, é razoável entender que na qualificação da participação do intermediário, o intérprete deverá discernir se, na posição que ocupa, há certo poder de organização do evento delitivo. Com isso, se o intermediário for colocado em uma posição de apenas mensageiro, poderá ser qualificado como partícipe, mas se receber a ordem e organizar como, quando e

resistencias. Además, tampoco puede existir una consecuencia, en este caso sólo aquel que transmite la orden directamente al subordinado será inductor, siendo los miembros del Consejo de administración o empresario y el resto de intervinientes cooperadores necesarios.” (PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 118).

<sup>630</sup> “Por último, en relación con los casos en que haya intermediarios entre el superior y el subordinado, que se limiten a transmitir las órdenes. Al no existir una relación directa entre el empresario o miembros del Consejo y el subordinado, como ya he indicado, impide que se les pueda imputar el delito a título de inducción, por lo que son calificados como cooperadores necesarios, que como sabemos tiene una pena igual que los autores. Respecto a los intermediarios, exclusivamente aquel que transmite la orden directamente al subordinado será inductor, el resto cuando tienen la facultad de poder revocar las órdenes, considero más conveniente calificarlos como cooperadores necesarios. Ahora bien, si se comprueba que, por el contrario, los intermediarios, únicamente tienen capacidad para interrumpir temporalmente la transmisión de la orden, deben ser responsables a títulos de cooperadores no necesarios o cómplices.” (*Idem*, p. 120).

<sup>631</sup> “Cuando en cambio, se coloca a esto último en el centro de la imputación penal y se compende el dominio de la organización como dominio sobre o a través de la organización (en su conjunto), un dominio parcial como en la relación que se da entre los destinatarios de las órdenes y los que las emiten en las posiciones intermedias no puede ser suficiente para la fundamentación del dominio de la organización. Los intervinientes con “dominio parcial” en la macrocriminalidad que a la vez reciben e imparten órdenes son (en todo caso) coautores. El eventual déficit de equiparación de rango con relación a los destinatarios de sus órdenes (quienes podrán ser autores directos) debe verse como su déficit de dominio frente a la cúspide de la organización dado que ello es lo que impide en última instancia su dominio (total) de la organización.” (AMBOS, Kai. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 3, p. 16-17, jul. 2011.

Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/839.pdf>> Acesso em: 3 jan. 2017).

<sup>632</sup> “En definitiva, no sólo es autor mediato el que está situado en la cúpula - el jefe superior de una organización criminal -. Toda persona que, en el ámbito de un aparato de poder, se encuentra en una posición en la que imparte órdenes a personas subordinadas, debe ser considerada también autor mediato cuando aplica sus órdenes para la ejecución de acciones delictivas. Así, en comparación con la concepción normal de la autoría se produce una inversión: una pérdida en la cercanía con el hecho se ve compensada por la mayor cantidad de dominio organizativo según la posición directiva del aparato. Por lo tanto, es perfectamente concebible que se produzca una cadena de autores mediatos: será autor mediato aquel que en el marco de la jerarquía transmita, con poder de mando independiente, la orden de cometer delito. Seguirá siendo autor aunque esté cumpliendo i con el encargo de posiciones más altas de la jerarquía organizativa.” (GOMEZ-JARA DÍEZ, 2012, p. 129).

onde a prática delitiva ocorrerá, será apropriado chamá-lo de coautor. Nesse caso, se entende como coautor porque terá contato direto com os executantes, diminuindo o tempo e o espaço para a consecução do delito.

#### 4.8 A responsabilidade penal por omissão e o domínio do fato

Ao discorrer sobre a responsabilidade penal do empresário em situação de omissão, Renato de Mello Jorge Silveira menciona que a omissão decorre tanto da lei, do contrato e do comportamento anterior, conforme previsto no artigo 13, §2º, do Código Penal.

A respeito da obrigação imposta por lei, Renato Silveira menciona como exemplo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) que impõe algumas obrigações ao empresário<sup>633</sup>.<sup>634</sup> Essa legislação impõe uma série de condutas na relação de consumo que, caso não observadas, podem responsabilizar não somente o empresário, mas os funcionários que a ele estão subordinados. Trata-se da chamada omissão própria e ocorre quando o empresário ou até mesmo um empregado incide em um distinto tipo penal.

Essa situação não suscita muita controvérsia, pois a normatização da conduta, ou seja, a imposição de um fazer em determinado evento é amplamente aceita na doutrina. Pode se discutir, em termos de política criminal, sobre a necessidade ou desnecessidade da obrigação, mas não quanto a sua validade.

Evento distinto e mencionado também por Renato Silveira é a responsabilidade do empresário por omissão, não diretamente por um tipo penal, mas por via normatização complementar, ou seja, por um tipo penal em conjugação com o artigo 13, §2º, do Código Penal.<sup>635</sup>

<sup>633</sup> Observe-se que a legislação geralmente não exige, na verdade, qualificação especial do agente. Qualquer pessoa pode praticar o delito. O que se constata é que, normalmente, quem viola referido preceito normalmente é um empresário.

<sup>634</sup> “Deve-se notar, antes de mais nada, que é bem certo que existe uma série de deveres que podem ser impostos ao empresário por obrigação legal. Isso resta bastante claro, quer em situações genéricas, como as já mencionadas relativas ao aspecto tributário ou financeiro, mas principalmente, em outras órbitas, v.g., no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.07.1990). Nele, verificam-se obrigações próprias do empresário em relação a produtos a serem postos no mercado consumidor, as quais, quando não obedecidas, até mesmo implicam incriminações a título de omissão própria.

Notam-se, portanto, previsões omissivas próprias a serem exigidas do empresário (como seriam os exemplos dos seus art. 63 - “omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade”; art. 64 - “**deixar de** comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado”; e art. 66 - “fazer afirmação falsa ou enganosa, ou **omitir** informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade de produtos ou serviços”; art. 69: “**deixar de** organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade”; art. 74: “**deixar de** entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo”).” (SILVEIRA, 2016, p. 193-194).

<sup>635</sup> “Uma situação distinta, no entanto, é verificada quando a obrigação do empresário é determinada não pelo tipo legal, mas, sim, por complementos normativos outros.” (*Idem*, p. 194).

Os crimes omissivos impróprios são crimes de omissão qualificados porque os sujeitos devem possuir uma qualidade especial que não é encontrada nas pessoas em geral. Além disso, é necessário que, com a conduta omissiva, o agente tenha com a vítima uma vinculação para a proteção de seus bens jurídicos.<sup>636</sup>

A utilização da posição de garante, derivado do crime omissivo impróprio, é decorrência de uma utilidade e de uma necessidade do Direito Penal Econômico e do Direito Penal Empresarial. A responsabilidade do empresário, em situações envolvendo criminalidade de empresa, surge não somente por um atuar comissivo, mas também por permitir que condutas em desconformidade com a legislação penal se apresentem no seu espaço de atuação e vigilância.<sup>637</sup>

Quanto à necessidade da utilização da omissão imprópria é inegável que essa forma de responsabilização serve como salvaguarda para casos em que não se consegue provar a ação comissiva dolosa. Não obstante isso, trasladar a política persecutória da ação comissiva dolosa para a omissão dolosa também não se furta da exigência da prova de elementos suficientes para demonstrar a responsabilidade penal.<sup>638</sup> Em outras palavras, embora não se

---

<sup>636</sup> “Diz-se, na verdade, que os crimes omissivos impróprios são crimes de omissão qualificada porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. Além de constituir uma inação, que é de sua natureza, e com isso violar um dever de agir, a omissão qualificada pressupõe que o sujeito tenha com a vítima uma vinculação de tal ordem, para a proteção de seus bens jurídicos, que o situe na qualidade de seu garantidor. Portanto, a posição de garantidor é característica específica dos crimes omissivos impróprios, daí dizer-se que a omissão, no caso, é qualificada. A omissão é qualificada, porque tem alguma coisa além da omissão requerida nos crimes omissivos próprios, como no delito de omissão de socorro, que pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente se a omitente conhece a vítima, ou se guarda com ela uma relação de proteção. Fala-se que essa relação especial do sujeito (qualificado) para com a vítima corresponde a um dever especial de proteção, diferentemente do dever geral de solidariedade dos delitos omissivos próprios.” (TAVARES, 2012, p. 312-313).

<sup>637</sup> “Nesse sentido, parece bastante evidente que o Direito Penal Empresarial venha a ter lugar em uma zona fronteira com um Direito Penal repressivo e utilitarista, sendo parte integrante do que Silva Sánchez entende como sendo típico da expansão do Direito Penal. Essa situação ocasiona um curioso fenômeno, que pode ser visualizado como a formatação de um verdadeiro novo Direito Penal, o qual caracteriza-se por um amplo uso de modulações típicas de perigo abstrato, uma administrativização do Direito Penal, além, hoje, como menciona Günther, uma ampla utilização de crimes omissivos próprios. Na realidade, o problema de imputação em sede econômica passa por um questionamento inicial sobre autoria e autoria mediata, para, ao depois, sentar praça aparentemente na questão da omissão. De fato, o autor alemão caminha nesse sentido e chega a afirmar que o paradigma do Direito Penal do presente e do futuro seria de ser visto na omissão imprópria. Tanto assim o que é que, mais recentemente, se verifica que a própria responsabilização do empresário nessa nova órbita penal dá-se não por um atuar comissivo, mas por permitir que condutas erráticas se verifiquem em seu espaço amostral de atuação. Ao não impedir que condutas criminosas - ou contrárias a uma aparente regulamentação administrativa - venham a ocorrer, o empresário ver-se-ia como omitente, violando um papel aparentemente de garante que lhe é imposto. Aqui, pois, uma nova e significativa importância que é assumida pelos crimes omissivos impróprios, ou comissivos por omissão. Para o exame completo da matéria, há de se passar, contudo, por alguns pontos de elucidação.” (SILVEIRA, 2016, p. 32-33).

<sup>638</sup> “O desenvolvimento da responsabilidade por omissão impura é considerada frequentemente como uma forma de contornar as dificuldades de prova da imputação por ação ou omissão pura, mas são fortes as razões de política criminal a favor da sua consagração: a responsabilidade dos administradores e outros quadros de dirigentes é consequência natural dos deveres especiais de quem dirige e impede que uns suportem os riscos e

consiga demonstrar que o superior hierárquico tenha ordenado a prática delitiva, pode se demonstrar que agiu de forma omissa ao não impedir o crime consumado por um de seus empregados no exercício das funções. Mas, para afirmar que agiu de forma omissa, também deverá ser demonstrado que sabia que a ação delituosa de outrem (subordinado) estava ocorrendo e que, naquelas condições, seria possível emitir ordem que evitasse a ocorrência do dano.

Conquanto a teoria dos papéis defendida por Günther Jakobs tenha a sua importância, há de se ter a cautela, como bem observado por Renato Silveira, para não se distanciar da percepção ontológica da questão.<sup>639</sup> A preocupação, nesse caso, é de se evitar uma responsabilidade objetiva do dirigente por simplesmente ter aceito o papel de garante sem minuciar as circunstâncias do caso concreto.

Os fundamentos da imposição de um agir do empresário podem ser divididos em posição de garante de um dever jurídico extrapenal e de um domínio da organização empresarial.<sup>640</sup> Bernd Schünemman, por exemplo, critica a posição tradicional dos Tribunais alemães de responsabilizarem o atuar omissivo, não pelo resultado em si, mas pela ausência

---

outros gozem os proveitos. Sucede, aliás, que a atribuição de responsabilidade aos dirigentes da empresa por comissão por omissão nem sequer resolve por si só as dificuldades de prova: a construção da responsabilidade dos dirigentes apenas desloca o tema da prova. Em lugar da prova da contribuição material ou intelectual para a realização do crime, a acusação terá de provar, no plano objectivo, que o autor tinha o dever jurídico e a possibilidade efectiva de impedir a produção do resultado e, no plano subjectivo, que o dirigente conhecia a sua posição de garante e os deveres que dela decorriam, que ele se absteve voluntariamente de fazer tudo o que lhe era exigível para os cumprir e que, pelo menos, previu e aceitou as consequências da sua omissão, tratando-se de crimes dolosos de omissão impura.” (SILVA, 2009, p. 347).

<sup>639</sup> “A construção de Jakobs, ao estabelecer a possibilidade de imputação criminal derivada de uma competência institucional, vista nos delitos de infração de dever, acaba por afirmar uma nova estrutura de imputação, extremamente ampliada. Em sede empresarial, isso deve ser visto com muitas cautelas, pois a especificação de deveres de vigilância em função do rol social de um determinado indivíduo pode se distanciar de uma percepção ontológica da questão, tornando criminosa qualquer presunção de não atuar de um sujeito em função de seu cargo, aproximando-se perigosamente da questão de uma responsabilidade quase objetiva. Assim, o que parece dar, no entanto, é que muitas das novas realidades de imputação penal empresarial dão-se, *v.g.*, por um *non compliance* ou um desrespeito a normas de autorregulação ou provindas da Administração de modo geral. A crítica atribuída à sobrecriminalização, ainda que indireta, é justamente no que toca à legitimidade de sua existência. Haveria, assim, um limite adequado a um uso ou emprego do instituto dos delitos de infração de dever ao Direito Penal Empresarial? A resposta não parece ser fácil, e senta praça, antes de mais nada, na idealização da posição de garante.” (SILVEIRA, 2016, p. 99-100).

<sup>640</sup> “Na doutrina também não há unanimidade sobre o fundamento do dever de agir dos administradores para evitar eventos lesivos de bens jurídicos resultantes da actividade da empresa. Para além de casos especiais em que seja a própria lei a atribuir expressamente o dever de agir para evitar a lesão, podem alinhar-se as seguintes duas teses principais:

- a) a fonte da posição de garante é um dever jurídico extrapenal;
- b) a fonte da posição de garante é o domínio da organização empresarial.

Parece-nos que estas duas teses nem sequer são alternativas, mas, pelo contrário, se completam, como veremos a seguir.” (SILVA, *Op. cit.*, p. 385-386).

de fundamentos concretos. A crítica realmente é pertinente porque, para Schünemann, a omissão não pode vir atrelada somente ao contrato, a lei, ou ao agir antecedente.<sup>641</sup>

O núcleo fundamental pelo qual uma conduta omissiva deve ser criminalizada é opção do legislador. No cenário nacional, é possível estender a qualquer conduta omissiva um paralelismo com alguma conduta comissiva por intermédio do artigo 13 do Código Penal. No entanto, a responsabilidade pela omissão imprópria não ocorre somente em virtude disso. É necessário que o administrador tenha o domínio sobre a evitabilidade da causa do resultado.<sup>642</sup>

No âmbito do Direito Penal Econômico, as violações de condutas de regulação ou autorregulação mostram com maior ênfase a imprescindibilidade da opção legislativa em se adotar a posição de garante.<sup>643</sup> A proposta de Schünemann consiste em vincular a posição de garante com o domínio sobre o fundamento do resultado. Em outras palavras, sobre as condições de evitabilidade de afetação de um bem jurídico.

Esse domínio advém do dever de vigiar o comportamento do subordinado e a consequente exigência de responsabilidade na hipótese de não o fazer. Com isso surge o

---

<sup>641</sup> “Naturalmente, la omisión sólo puede ser penada por el tipo de un delito de acción como la contaminación de agua y las lesiones corporales imprudentes ou dolosas, cuando de acuerdo con el §13 del Código penal alemán exista una *posición de garante*. Tal posición de garante de la dirección de la empresa de impedir las lesiones que amenazan al bien jurídico a través de la actuación empresarial se admitió ya, de hecho, por el Tribunal Supremo Federal y por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores Regionales, aunque tampoco ha sido fundamentada de forma exhaustiva por ellos. La explicación podría encontrarse en que la responsabilidad como garante de la dirección de la empresa o, en general, del superior de la empresa no se puede clasificar en las tres formas de garante sostenidas por la jurisprudencia desde hace muchas décadas: la ley, el contrato y un hacer precedente peligroso, y en que la jurisprudencia actúa en esta situación delicada claramente conforme a la máxima de WITTGENSTEIN: de lo que no se puede hablar se debe callar. En el concepto de dominio que há espozado al principio, la posición de garante caracterizada usualmente como responsabilidad de los titulares del negocio se puede clasificar por el contrario, como ya he demostrado, sin ninguna fricción. En consecuencia, tendría que sorprender que la jurisprudencia no se haya referido hasta ahora a esa división, pero sólo si no se tiene en cuenta que en la argumentación ya hay una limitación implícita; sin embargo, una judicatura que trabaja sin bases dogmáticas, no se impone límites, y por eso puede actuar libremente caso a caso, puede ser denunciada por críticas malintencionadas como una justicia de Kadi.” (SCHÜNEMANN, 2002, p. 138).

<sup>642</sup> “O facto é o processo causal de lesão do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. É este processo modal ou de reforma livre, que tem de ser imputado como obra sua à pessoa que age funcionalmente, ou seja, à pessoa que age como administrador da sociedade ou em representação dela e que possui o domínio sobre a causa do resultado.” (SILVA, 2009, p. 334).

<sup>643</sup> “A opção por tais criminalizações constitui-se, como já se disse, em opção do legislador. Essa tendência, aliás, é bem destacada na realidade brasileira em um novo Direito Penal Econômico, em que a violação de condutas de regulação ou autorregulação é cada vez mais evidente. Fala-se, hoje, em deveres de vigilância, expectativas de cumprimento normativo e respeito a *compliance programs*. Ao lado disso, no entanto, também se faz presente uma ideia de criminalização do empresário que não evita um determinado ato lesivo cometido por seus subordinados. É bastante interessante verificar que a tentativa de responsabilidade do empresário nos mencionados casos de uma criminalidade de empresa e de criminalidade na empresa, a doutrina busca solução ou mediante variações e divagações em termos de responsabilidade de autoria, ou de participação ou, derradeiramente, em termos de atribuição de responsabilidade em sede comissão por termos de atribuição de responsabilidade em sede comissão por omissão. Justamente aqui é que se encontra o nó górdio da questão. A medida em que deve se sustentar a possibilidade de responsabilidade penal omissiva imprópria parece cada vez mais delicada. Para tanto, e esse é o objetivo do presente estudo, deve-se buscar algumas respostas sobre esse intrincado universo.” (SILVEIRA, 2016, p. 85-86).

domínio do garante sobre a causa do resultado, tanto em decorrência do controle fático sobre os elementos materiais perigosos, como o poder de mando sobre os trabalhadores.<sup>644</sup>

Juan Antonio Lascuraín Sánchez afirma que o empresário é um empreendedor que se arrisca nas atividades produtivas que podem gerar danos a terceiros, razão pela qual, embora atue pelo princípio da liberdade de atuação, tem, em contrapartida, a utilidade social da empresa que lhe acarretam deveres.<sup>645</sup> A mesma opinião é compartilhada por Jacobo Dopico Gómez-Aller.<sup>646</sup>

Todo esse detalhamento, ao que se denota, tem pertinência em averiguar se o diretor da empresa tinha a ciência sobre os atos lesivos praticados por terceiros que lhe estavam subordinados hierarquicamente pela relação de trabalho. Portanto, não é somente o fundamento da legitimidade da responsabilidade, mas sim o fundamento da ciência de ato

---

<sup>644</sup> “La cuestión más compleja es la de determinar hasta dónde llega la posición de garante o, dicho de otro modo, la de decidir si la autoría surge de la pertenencia, activa o pasiva, a una esfera de responsabilidad. La doctrina francesa se inclina por la respuesta afirmativa, partiendo de que la mayor parte de las disposiciones reglamentarias establecen obligaciones de los directivos, de modo que la infracción hace aparecer *ipso facto* la culpabilidad. También una parte importante de la doctrina alemana, que considera a la empresa como posible fuente de peligro para terceros, afirma que propietarios y gerentes, como titulares del poder de dirección empresarial, son garantes de la no realización de hechos delictivos por sus empleados. Otros autores, sin embargo, admiten esta posición de garante sólo en los casos de empresas peligrosas, concepto que la jurisprudencia maneja en sentido muy amplio.

Lo que ocurre es que, cualquiera que sea la respuesta que se adopte, y parece claro que no se puede afirmar con carácter general que la empresa sea fuente de riesgo, habrá que acudir en todo caso al examen del supuesto concreto. Y en opinión de Schünemann, formulada a la vista del parágrafo 13 StGB y del, prácticamente coincidente, parágrafo 8 OwiG, ni las clásicas fuentes de la posición de garante, ni las categorías de la vinculación natural o de la aceptación permiten deducir una equivalencia entre acción y omisión fundamentada en el deber de impedir el resultado por parte de la jeraquía de la empresa. El deber de vigilar el comportamiento del subordinado, y la consiguiente exigencia de responsabilidades en caso de no hacerlo, surge el dominio del garante sobre la causa del resultado, tanto del control fático sobre los elementos materiales peligrosos como del poder de mando, legalmente fundamentado, sobre los trabajadores.

Dominio, pues, de la fuente de riesgo, como se decía inicialmente, y posibilidad de evitar el resultado, cuestión ésta a resolver acudiendo a las teorías de la imputación objetiva.” (TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 39-40).

<sup>645</sup> “Un emprendedor lo es porque empreende, porque comienza una actividad productiva. Como esa actividad productiva supone riesgos para terceros, quien la inicia será garante se su control, *sea por injerencia, sea por mantenimiento de fuentes de riesgo en su ámbito de dominio*, en su círculo de organización. El titular de la empresa es garante porque desata riesgos o porque mantiene como propias fuentes de riesgo. Es más: si como sociedad permitimos que se emprendan actividades peligrosas es desde luego por el principio de libertad de actuación y por la utilidad social de la empresa, pero también porque imponemos al emprendedor severos deberes de control del riesgo.” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Salvar al Oficial Ryan. (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento). In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente (Coord.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014, p. 313-314).

<sup>646</sup> “Como ya apuntado, en la actividad empresarial por lo general los deberes de garante que entran en consideración competen originariamente *al empresario*, ya sea individual o societario. Es el empresario quien *construye*, quien *fabrica*, quien *organiza el transporte de pasajeros o mercancías*, quien *comercializa*, etc., y quien obtiene lucro empresarial por ello. Esa libertad de organización empresarial trae como necesario correlato el deber de velar por que la actividad de la empresa no dañe bienes jurídicos ajenos.” (DÓPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente (Coord.). *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014, p. 341).

lesivo de terceiro. Como se vê, há de se ter a correta preocupação de não serem simplesmente trasladadas técnicas de responsabilidade civil para a responsabilização penal.<sup>647</sup><sup>648</sup>

Conforme opinião de Jesús-Maria Silva Sánchez, esse é o entendimento predominante na Espanha fundado na posição de que os superiores hierárquicos ocupam postos de garantes sobre a conduta dos subordinados.<sup>649</sup> Segundo o que propõe Silva Sánchez, assim como por Renato Silveira, a ideia basilar da omissão imprópria está associada à assunção.<sup>650</sup> Não há

<sup>647</sup> “Si no me equivoco, es infinitamente mejor la concepción penal, al encontrarse más cercana a las ideas modernas económico-empresariales de la producción y del *lean management*, que el concepto aireado en el Derecho civil de una forma de distribución de poderes entre la dirección operativa y el control en las empresas.” (SCHÜNEMANN, 2002, p. 142-143).

<sup>648</sup> “El deber jurídico-civil de llamar a retirar los productos del mercado es un derivado de la pretensión cuasi negatoria y se deja por eso deducir contundentemente en el *Derecho civil*, siendo los requisitos para el deber de llamar a retirar del mercado sólo establecidos por el *deber de observancia del producto* desarrollado igualmente en Derecho civil. En la imputación penal no desempeña un papel decisivo la pretensión jurídico-civil *negatoria*, sino el *principio de dominio*, siendo innegable, en consecuencia, que el fabricante de un producto que ya ha salido al mercado haya perdido el dominio. Su conocimiento, quizás posteriormente adquirido, de la peligrosidad del producto no puede sustituir el dominio que falta, porque esse conocimiento lo quisieran tener muchos; así, por ejemplo, un puesto de comprobación de material; la fundación de muestras o tests de mercancías o la policía, sin que se piense tampoco para ellos en una posición de garante. En realidad, se trata, ciertamente, sólo de un deber de prestación de auxilio de acuerdo con el §323 c del *Código penal alemán*, que afecta por igual a todo poseedor de información. La errónea esclavitud que posee el Derecho penal respecto del pensamiento civilista, que se manifiesta en la afirmación de una posición de garante, se muestra también en la recepción del irreflexivo deber jurídico-civil *del llamado a retirar del mercado los productos peligrosos*, porque un deber de evitación del resultado penal sólo podría hacer alusión a la transmisión de la información de peligro y, de esta forma, a un *aviso*, que para cualquiera es posible, no en un llamado a retirar del mercado, lo que el Tribunal Federal de Justicia desmiente en la ya citada argumentación sobre la decisión de aviso o llamado a retirar del mercado, tomada en la reunión de la dirección de la empresa. Además la *posición de garante por injerencia*, prescindido de que desde su origen fue poco clara, ha sido aplicada erróneamente repetidas veces por el Tribunal Supremo Federal (BGH), al ignorar la limitación establecida por él en su continua jurisprudencia sobre el actuar precedente antijurídico y, al pasar por alto la inutilidad de una pura responsabilidad causal en el mundo de las empresas estructurado no por la causalidad sino a través de la recepción de los ámbitos de dominio. Un deber de garante general del fabricante de avisar para retirar los productos del mercado cuya peligrosidad sólo se manifiesta después de que ya han sido éstos puestos en circulación, no se deja por eso fundamentar en Derecho penal. Cuando un fabricante se da cuenta posteriormente de los vicios o defectos de los productos ya vendido y omite su aviso o llamado a retirarlos del mercado, dando lugar a un accidente, desde el principio, no existe un delito de omisión impropia, sino un delito de omisión propia. En vez del tipo de lesión corporal por omisión que emplea la jurisprudencia alemana, yo, sin embargo, aceptaría, en principio, sólo una omisión del deber de socorro. (Dicho de forma general, se trata de la influencia de la *distribución de tareas en la empresa* sobre la responsabilidad penal. Esta responsabilidad penal es aplicable a la distribución de tareas en la empresa, en tanto que el deber de organizar cuidadosamente los sucesos empresariales sea un baremo y no un juego de procesos de delegación y sustitución, y en tanto no pueda ser sustituido por el poder de dirección superior en las empresas, porque el poder de dirección se denomina dominio y dominio significa responsabilidad.” (*Idem*, p. 149-151).

<sup>649</sup> “En España tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen partir de que los superiores jerárquicos tienen deberes de garante sobre la conducta de sus subordinados. Ello vale para cualesquiera organizaciones pero, de modo particular, para la empresa. Así, se considera que los superiores jerárquicos de la estructura empresarial (por ejemplo, el administrador o los integrantes del consejo de administración de una sociedad mercantil) se encuentran en una posición de garantía, que integra un deber de vigilancia.” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 153).

<sup>650</sup> “Ao que concerne ao presente tópico, resta importante a percepção de Silva Sánchez quanto à omissão imprópria. Por um lado, ele afirma que para se aceitar e legitimar uma imputação a título de comissão por omissão, deve-se constatar a identidade estrutural e material entre a comissão ativa e a omissão, ou seja, quando verificado que o omitente assumiu voluntariamente o compromisso específico de atuar como uma barreira de contenção frente a determinados riscos para bens jurídicos específicos. Aqui, uma ressalva: quando não presente o compromisso ou quando este resulte duvidoso, não existe a possibilidade de imputação a título de omissão imprópria. Em tais casos, o garante assume um domínio ou controle sobre o risco típico, normativamente igual ao que comete o delito ativamente. Em outras palavras, a identidade estrutural se determina segundo critérios

qualquer objeção aos fundamentos elaborados por esses juristas quanto à voluntariedade da aceitação do encargo de garante. A voluntariedade da conduta é inerente ao próprio sistema de culpabilidade e está implicitamente associada ao domínio do fato exposto por Schünemann.

Seria discutível no que consiste a vinculação por compromisso que efetiva, voluntária e pessoalmente o garantidor assumiu.<sup>651</sup> Pondera-se que a aceitação da posição de garante é decorrente do fato de organizar um empreendimento, ou seja, pode também ser algo implícito.

Resguardada a valoração do legislador (e também do intérprete) a respeito da proteção conferida a cada bem jurídico, não há diferença entre a posição de ofensor entre um chefe militar que se omite na cessação da prática de crimes de guerra em comparação com o detentor de poder de mando que se omite na determinação da cessação de crimes de empresa. Nesse passo, o Estatuto de Roma<sup>652</sup>, ao discorrer sobre a responsabilidade dos Chefes Militares e outros superiores hierárquicos, afirma que será responsável por crimes de guerra que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle

normativos de domínio entre o fato da comissão ativa e da omissão, o que se poderia, também, ter por voluntária integração do risco concreto em sua esfera de domínio.

Por outro lado, é basilar a ideia relativa à voluntariedade dessa assunção. Ainda que a omissão imprópria possa ser vista como uma situação complexa, bipartida entre assunção de um compromisso e sua posterior vulneração (assunção-infração), a voluntariedade desse ato é o carro chefe do pensamento de Silva Sánchez. Somente assim há de se ter que o compromisso do garante deve referir-se a um compromisso configurado previamente de modo concreto, dizendo respeito a um risco procedente de determinada fonte de perigo face a determinados bens jurídicos.” (SILVEIRA, 2016, p. 120).

<sup>651</sup> “Imaginando-se que essa função de compromisso não deva vir de fora, em virtude de determinados papéis sociais, há de se ter em conta que o sujeito só está vinculado por compromisso que efetiva, voluntária e pessoalmente assume, mediante ato expresso seu, há de se compreender o mesmo como ato organizado prévio.” (*Idem*, p. 120).

<sup>652</sup> Artigo 28 do Estatuto de Roma:

“Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos

Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e  
ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;  
b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e  
c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.”

apropriado sobre essas forças quando o Chefe Militar tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes. Além disso, deve ser averiguado se o Chefe Militar não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática

Com essas considerações, verifica-se que, embora a posição de garante no âmbito empresarial seja ocupada por um círculo reduzido de autores, normalmente os empresários ou dirigentes de empresa, é imprescindível a imposição do domínio do fato para averiguar a possibilidade de responsabilização penal em virtude de ato praticado por um subordinado.

#### 4.8.1 A delegabilidade de funções

A descentralização é algo comum à administração empresarial, sobretudo quanto mais complexa ela for. Isso significa que as informações podem ser mais compartimentalizadas e distribuídas em diversos setores. Sendo assim, os órgãos de execução podem realizar as tarefas sem ter a noção do todo. A noção do todo geralmente é compreendida por quem está no topo da cadeia e se, por algum modo, o dirigente perceber que a conduta do executor poderá acarretar lesões a terceiros, será responsável em virtude do domínio não somente em face da organização em si, mas em razão também de poder reverter o fato executado por outro órgão.<sup>653</sup>

A descentralização se justifica por ser tratar de uma necessidade frequente no desenvolvimento dos negócios. Por logicidade, não é possível exigir que o administrador da empresa possa cumprir pessoalmente todos os deveres que resultam do seu estatuto

---

<sup>653</sup> “La eminente importância-político criminal del delito improprio de omisión en el ámbito de la criminalidad de empresa resulta de la habitual divergencia, ya mencionada, entre acción y responsabilidad en las instituciones jerárquicas. Como consecuencia del principio de descentralización, característico de la función de poder y de decisión de las altas instancias, por él condicionada, la <<organización de la responsabilidad>> - por decirlo con una expresión tópica - amenaza con convertirse en la <<organizada irresponsabilidad>>, lo que desde un punto de vista jurídico-penal se expresa a través de un cambio de la imputación del hecho hacia abajo, si no hacia los miembros de la organización que están más abajo, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal o administrativo. Este cambio de la responsabilidad jurídico-penal hacia las bajas instancias de la jerarquía de la empresa, resultante de la técnica legal de descripción del supuesto de hecho típico, puede tener consecuencias fatales para el efecto preventivo de las normas de Derecho penal y de Derecho administrativo sancionador, por que muy a menudo el órgano inmediato de ejecución se da cuenta solo insuficientemente de las consecuencias de su propio modo de actuación, a causa de la división del trabajo y de la canalización de información en la empresa; porque dicho órgano sólo tiene una pequeña fuerza de resistencia frente a una *actitud criminal de grupo* - es decir, frente a usuales prácticas irregulares de la empresa -, a consecuencia de su vinculación al establecimiento, a consecuencia de la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre en el sistema jerárquico, y a causa de la evidente técnica de neutralización <<pero si yo sólo actúo de un modo altruista en interés de la casa>>; y finalmente porque los miembros inferiores de la organización de la empresa son fungibles en un alto grado, de modo que la dirección de comportamientos a través de normas penales sólo puede conseguir una efectividad limitada.” (SCHÜNEMANN, 1988, p. 533).

profissional. Sua função é de empreender de organizar os fatores de produção, sem desconsiderar que há funções na empresa que exigem conhecimentos técnicos. Nessas condições, a delegação se mostra conveniente, necessária ou obrigatória.<sup>654</sup>

A delegação de funções se exerce na concessão de poderes a outra pessoa que lhe é subordinada, consistente na incumbência de administrar a sociedade, podendo tal delegação, com algumas exceções, ser conferida a pessoas alheias à estrutura da própria empresa.<sup>655</sup>

Quanto maior a organização estrutural de uma empresa, maior será a probabilidade de se criar estrutura na qual se terá que intermediar a posição de garantidor, mediante a delegação de funções. Evidentemente, essa não será uma regra absoluta, porquanto pode existir delegação em pequenas empresas, principalmente no que se refere às funções técnicas.<sup>656</sup>

Apartando-se a discussão da culpa quanto à eleição do delegado, o certo é que quem detém o poder de delegar não poderá criar situação na qual simule a transposição de poderes. Em outras palavras, não poderá delegar a responsabilidade a quem não tem possibilidade de assumir, fazendo com que, sabendo da possibilidade da ocorrência de dano em razão da falha nessa delegação, venha a assumir o dano decorrente dessa mesma falha.<sup>657</sup>

---

<sup>654</sup> “Ainda em termos introdutórios convém referir que na realidade das empresas modernas a delegação de funções constitui uma necessidade frequente da própria actividade empresarial. É notório que o administrador, não podendo abarcar todos os sectores da complexa organização empresarial, necessita geralmente de delegar a superintendência de algumas actividades. Com efeito, se o administrador da empresa tivesse que cumprir pessoalmente todos os deveres que resultam do seu estatuto profissional tornar-se-ia num burocrata, falhando na sua função de empreendedor, de organizador dos factores de produção, que essencialmente o caracterizam. Acresce que há funções na empresa que exigem conhecimentos técnicos que muitas vezes os administradores não possuem e, por isso, mesmo em ordem à salvaguarda dos bens jurídicos tutelados, a delegação de funções pode ser conveniente, necessária e até mesmo obrigatória.” (SILVA, 2009, p. 406).

<sup>655</sup> “A delegação concretiza-se na atribuição a uma pessoa dos poderes que competem a outra, no caso que ora nos ocupa, da atribuição dos poderes e deveres que incumbem à administração da sociedade a um trabalhador que lhes é subordinado ou mesmo a um prestador de serviços alheio à estrutura da empresa.” (*Idem*, p. 404-405).

<sup>656</sup> “Normalmente na estrutura das sociedades de média e grande dimensão, mas também nas pequenas estruturas empresariais no que respeita a funções muito técnicas, como *v.g.*, as questões de direcção técnica, organização contabilística e tributária, algumas funções da competência dos administradores são delegadas a terceiros colaboradores da empresa e por isso põe-se a questão do relevo da delegação de funções para os fins da responsabilidade penal.

Na doutrina desenham-se fundamentalmente duas posições:

- a) Uma primeira dá a prevalência à situação real: dado que é responsável pessoal aquele que é constituído garante da não verificação de certos factos lesivos, a delegação tem plena eficácia liberatória para o delegante.
- b) Uma segunda posição considera que o cumprimento de certas obrigações cautelares pode ser delegado. A delegação, se se verificarem determinados requisitos, pode excluir a culpa do delegante.” (*Idem*, p. 405-406).

<sup>657</sup> “Se um administrador opta por cumprir com o dever de garantia que lhe incumbe através da delegação noutra pessoa do dever em questão, terá de proceder, como primeira exigência de operatividade da mesma, a uma adequada selecção do delegado.

Os diversos deveres de garantia que recaem originariamente na administração da empresa só se delegam quando, entre outros requisitos, se atribui ao delegado o necessário domínio para o cumprimento do dever, o que comporta, desde logo, a disponibilidade de meios materiais e pessoais. Domínio significa também informação: o delegado deve receber a formação e informação necessárias para cumprir a função que dele se pretende e que se referem aos processos de risco que podem surgir no âmbito da função delegada e os meios para o seu controlo. A

Essa postura, que não se confunde com a conduta culposa, é admissível, pois a delegação cria novos deveres de garantia para aquele que anuiu ser delegado, transformando o dever originário em garantia do delegante, mas sem eliminar o dever originário. Quem delega o dever de garantia que sobre ele incide, não pode se despreocupar totalmente sempre, razão pela qual se o delegante de antemão já sabe que o delegado não terá condições de cumprir com seu papel, estará arriscando responsabilizar-se pela ocorrência de um dano praticado por um subordinado.<sup>658</sup>

Nessa toada, a empresa tem uma posição de garante originária que é assumida por dirigentes e administradores e que vai gerando, em cadeia, uma delegação de deveres parciais.<sup>659</sup> Mesma opinião é compartilhada por Jacobo Dopico Gómez-Aller, para quem os deveres de controle e o impedimento de eventos lesivos passam a se converter em deveres de supervisão e de vigilância do delegado.<sup>660</sup>

Assim, quanto menor for a preparação, a experiência e o poder do subordinado, maior será o dever de supervisão dos superiores e, conseqüentemente, menor será o alcance do princípio da confiança.<sup>661</sup> A vigência do princípio da confiança pressupõe a existência de certas relações prévias que suscitam deveres especiais recíprocos de correção de condutas

delegação só produz efeitos quando o cumprimento do dever delegado é *a priori* possível. Não pode haver delegação de responsabilidade em quem não tem possibilidade de as assumir.

Advirta-se que, como é frequente nas empresas, quando o administrador delega funções de garantia em várias pessoas deve assegurar-se de que não cria lacunas de domínio, caso em que nesse espaço não há delegação.” (*Idem*, p. 408-409).

<sup>658</sup> “A delegação cria novos deveres de garantia a cargo do delegado e transforma o dever originário de garantia do delegante, mas não o elimina. Com efeito, delegar uma tarefa não é transmiti-la sem mais como se de uma compra e venda se tratasse. Quem delega o dever de garantia que sobre ele incide, não pode despreocupar-se totalmente. O delegado exerce uma função no âmbito da empresa e por isso também pelos riscos gerados por ele, nomeadamente pelo incumprimento dos deveres delegados, é originariamente responsável o dirigente da empresa, no caso o delegante.

Do que se trata na realidade é de confiar a um terceiro o cumprimento do dever de garante sobre o domínio de perigo que recai primariamente sobre o delegante, melhor, de repartir entre o delegante e o delegado o cumprimento de um dever que pertence primariamente ao delegante em razão dos seus deveres de administração, deveres de que não pode exonerar-se face à lei e, por isso, continua a caber no seu domínio de organização, donde que o que verdadeiramente ocorre é uma contitularidade do dever de garante.” (*Idem*, p. 410).

<sup>659</sup> “Para determinar a eventual responsabilidade por negligência ou dolo não pode perder-se de vista a organização empresarial como realidade. A empresa tem uma posição de garante originária que é assumida por dirigentes e administradores e que vai gerando, em cadeia, uma delegação de deveres parciais.” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012, p. 39).

<sup>660</sup> “Ahora bien: como es sabido, con la delegación el empresario no *extingue* su posición de garante, sino que la *modifica*. Así, los que eran deberes de *control y evitación de sucesos lesivos* pasan a convertirse en *deberes de supervisión y vigilancia* de la labor del delegado.” (DÓPICO GÓMEZ-ALLER, 2014, p. 344).

<sup>661</sup> “A vigência do princípio da confiança é muito mais evidente para aquele que tem um a posição subordinada, sobretudo quando existem grandes desníveis no que se refere à preparação e ao poder dentro da empresa. Em sentido inverso, quanto menor for a preparação, experiência e poder do subordinado, maior será o dever de supervisão dos superiores e, conseqüentemente, menor será o alcance do princípio da confiança. Sucede precisamente o oposto quando o subordinado é uma pessoa altamente qualificada (uma empresa de construção tem uma equipa de funcionários altamente qualificados para fazer relatórios sobre os terrenos dos lotes disponíveis para construção; uma empresa de produtos dietéticos tem um farmacêutico como director de laboratório.” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012, p. 42-43).

defeituosas alheias.<sup>662</sup> Então, se houver conduta tendente a simulá-la, o administrador poderá estar agindo com dolo eventual.

Jesús-Maria Silva Sánchez, discorrendo sobre a autorresponsabilidade e o dever de vigilância do superior hierárquico, afirma que o dirigente deve ter dois deveres. O primeiro consistiria no dever prévio de obtenção de conhecimento sobre o modo como o subordinado gerencia sua própria esfera de competência e um segundo dever consistente em demandar a correção de uma atuação defeituosa.<sup>663</sup>

Com mais detalhes, Bernd Schünemann apresenta alguns critérios para apontar quando há a responsabilidade do diretor de uma empresa em contraste a uma omissão de um dever. Discorre que existem cinco lesões aos tipos de dever, que podem ser averiguados quando há eleição descuidada de um substituto inapropriado, uma distribuição imprecisa das tarefas entre distintos substitutos, insuficiente instrução ao delegado, uma intervenção omissiva em virtude de irregularidades conhecidas, ou uma não execução de amostras aleatórias.<sup>664</sup>

---

<sup>662</sup> “Por tanto, la vigencia del principio de confianza presupone la existencia de ciertas relaciones previas en las que suscitan deberes especiales recíprocos de corrección de conductas defectuosas ajenas (o de evitación de los efectos lesivos de dichas conductas defectuosas). Ahora bien, sucede que la imputación de la infracción de dichos deberes - como la de cualquier deber-presupone el conocimiento de la situación que activa el deber. Y esse conocimiento surge en A, precisamente, cuando éste advierte que B está obrando defectuosamente. Sólo puede imputarse subjetivamente a A la infracción del deber de no evitación del resultado producido en la esfera de B si A llegó a conocer (o a poder conocer) precisamente que se daban los presupuestos de activación de su deber. Pero el deber preexistía; y eso es algo que debe fundamentarse autónomamente. Lo que significa que se hace preciso determinar cuáles son las relaciones sociales presididas por el principio de confianza; qué específica vinculación entre sujetos es características de ellas; y porqué, en consecuencia, existe un deber previo de evitar resultados lesivos producidos en la *prima facie* de un tercero.” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 166-167).

<sup>663</sup> “Tomando como base elementos aportados por la *behavioral economics* y la existencia en los integrantes de las empresas de abundantes sesgos cognitivos (*cognitives biases*). Dichos sesgos podrían observarse, desde una perspectiva jurídico-penal, como factores de disminución de la responsabilidad. En esa medida, permitirían cuestionar la plena autorresponsabilidad de los miembros de la empresa y la necesidad de establecer controles orientados a la neutralización de sesgos. Valga remitir, sobre este punto, a una investigación más detallada que aquí no puede llevarse a cabo.

En conclusión, el deber de vigilancia del superior sobre la conducta de un subordinado, derivado de la existencia de una relación de desconfianza con respecto a éste, comprendería dos deberes: un deber previo de obtención de conocimiento acerca del modo en que el subordinado gestiona su esfera de competencia; y un deber posterior de instar a éste a la corrección de tal actuación defectuosa en el seno de su esfera de competencia, evitando las consecuencias lesivas derivadas de aquélla. Ésta podría ser, en todo caso, la estructura del deber en el caso de los administradores.” (*Idem*, p. 171-172).

<sup>664</sup> “Si por las coincidencias prácticas entre la responsabilidad imprudente por un hacer activo propio del director de la empresa y por su omisión contraria al deber se examinan conjuntamente las dos formas de responsabilidad, pueden distinguirse consecuentemente *cinco* tipos diferentes de *lesión del deber*: primera, la *elección descuidada* de un sustituto inapropiado, sea por una insuficiente cualificación especializada, sea, más agravadamente, por una falta de carácter que perjudica el cumplimiento de las tareas; segunda: la *distribución imprecisa de tareas* entre distintos sustitutos o entre el director de la empresa y los órganos subordinados, que conduce, por eso, a que el mantenimiento de la protección del medio ambiente o de la seguridad técnica de las tareas requeridas por la empresa caiga, por decirlo así, en un agujero organizativo y no sea tomada en serio por nadie; tercera: la *insuficiente instrucción* del sustituto, que no está suficientemente iniciado en las exigencias del rendimiento interempresarial y que por eso no está en situación de poder cumplirlas, por lo que sólo obedece la instrucción de arriba e informa a los superiores en situaciones oscuras y en casos de un esfuerzo personal excesivo; cuarta: la *intervención omisiva*, en virtud de irregularidades conocidas, que dependiendo de la dimensión de las irregularidades y de la sensibilidad de la esfera empresarial afectada puede alcanzar desde un

Há de se ter a cautela, no entanto, de se verificar se as circunstâncias do caso concreto permitem aferir a eficácia na delegação, ou seja, quando os deveres na atribuição de uma conduta, ainda que vigiada, ficam ao encargo do delegado e este atua em desconformidade com a norma sem que essa ilicitude esteja na linha de previsibilidade do agente delegante. Nessas hipóteses, Ana Isabel Pérez Cepeda afirma que a responsabilidade recai apenas sobre o agente delegado.<sup>665</sup>

#### 4.8.2 O dever de vigilância e o *compliance* criminal

Uma das espécies de delegação, e figura recentemente visualizada no cenário jurídico nacional, é a figura do *compliance officer*.

Sobre sua responsabilidade penal algumas questões podem ser suscitadas, mormente com a nova redação do artigo 10<sup>666</sup> da Lei nº 9.613/1998, conferida pela Lei nº 12.863/2012. A nova redação desse dispositivo obriga pessoas, tanto físicas quanto jurídicas, que desempenham algumas atividades econômicas, a adotarem “políticas”, “procedimentos” e “controles internos” que permitam inibir a prática de lavagem de dinheiro.

---

aviso de despido junto com controles severos hasta el traslado o despido del trabajador; quinta: la *no ejecución de muestras aleatorias* oportunas y por sorpresa para control mismo, incluso de acreditados trabajadores de larga experiencia, porque con el paso del tiempo tampoco esse círculo de personas es immune a aparentes desgastes, que se producen como consecuencia de la rutina empresarial.” (SCHÜNEMANN, 2002, p. 140).

<sup>665</sup> “Por otra parte, se reconoce que la posibilidad de transmisión lícita de deberes a terceros exime de la responsabilidad. En consecuencia, según esta teoría, la delegación de la posición de garante de los miembros del Consejo de administración a un subordinado, exonerando de responsabilidad al primero. Ejemplos: los miembros del Consejo de administración delegan en el capataz de una obra, la adopción de las medidas de seguridad pertinentes para los trabajadores; en virtud de estas tesis, si éstas no se adoptan será exclusivamente responsable el capataz, o bien el Consejo de administración encarga al contable de la empresa que pague las cotizaciones de las seguridad social de los nuevos trabajadores, sin embargo, el contable nunca llega a darles de alta en la seguridad social. Este último, será el responsable de la defraudación y no los miembros del Consejo de administración.” (PÉREZ CEPEDA, 1997, p. 126).

<sup>666</sup> Artigo 10 da Lei nº 9.613/1998:

“Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;

II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012).”

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira, os problemas relativos à omissão em Direito Penal, e em especial em Direito Penal Empresarial, passa, necessariamente, pela noção dos deveres de organização da própria entidade empresarial. Nesse passo, os programas de *compliance* ajudariam a delimitar os parâmetros de funcionalidade e de responsabilidade individual.<sup>667</sup>

Entre as atribuições do *compliance officer* está o de assumir a vigilância da integridade da empresa, função essa não equiparável a de um funcionário ou de um auditor. Por assumir o encargo de vigilante, o agente serve como o canal adequado para receber e repassar as informações que digam respeito às normas de conduta da empresa. Portanto, seria responsável por eventuais falhas desse filtro.<sup>668</sup>

É de se indagar, então, se o *compliance officer* deve ser responsável por um tipo penal autônomo ou pelo próprio tipo penal que um terceiro praticou, caso venha a agir com dolo no não repasse das informações relevantes. Sobre esse assunto, Alaor Leite questiona se seria possível punir o *compliance officer* em uma forma omissiva pelos delitos praticados, como por exemplo na hipótese de empregados que corrompam ativamente funcionários públicos. A pergunta é se o *compliance officer* pode ser, em razão de uma suposta posição de garantidor, responsável pelo delito de corrupção ativa (artigo 333 do CP) na forma omissiva (artigo 13, §2º, do CP). Para resolver situações desse jaez, Leite afirma que a maior dificuldade na fundamentação dessa posição de garantidor parece residir no fato de que, diferentemente dos sujeitos que se encontram na cúpula da sociedade empresarial, o *compliance officer* não

---

<sup>667</sup> “Por outro lado, a avaliação hodierna dos problemas relativos à omissão em Direito Penal, e em especial pelo Direito Penal Empresarial, passa, necessariamente, pela noção dos deveres de organização da própria entidade empresarial. Os parâmetros de funcionalidade e administração - os quais hoje acabam por sustentar toda a avaliação dos *compliance programs* (tidos, no Brasil, como programas de integridade, conforme o Decreto nº 8.240, de 18-3-2015, que regulamentou a Lei nº 12.846, de 1-08-2013, a chamada Lei Anticorrupção) – devem ser considerados para que se possa ter em conta a própria medida de responsabilização criminal por omissões dadas dentro do ambiente corporativo. Para tanto, devem ser verificados além da divisão de tarefas dentro do seio empresarial, a subordinação hierárquica e os conhecimentos técnicos necessários para cada função, o que Jakobs vai denominar de distribuição de papéis conforme os círculos de organização, que se compõe como sendo uma somatória de pequenas liberdades individuais vinculadas ao mando central.” (SILVEIRA, 2016, p. 77).

<sup>668</sup> “Entretanto, ele assume sim, por forma delegada, a responsabilidade de vigilância sobre as condutas limites da empresa. Suas funções seriam para além de um funcionário ou auditor, aproximando-se da função de um criminólogo, o qual tem que controlar tudo o que se passa na empresa, para, em tempo, passar aos canais competentes. Havendo falhas na vigilância, seria este o responsável, pois abandona a figura de *extraneus* e assume verdadeiramente a figura do *intraneus*. Detectando os eventuais problemas, e realizando a ideal comunicação dos mesmos, seu filtro se mostra adequado, passando a responsabilidade para o órgão delegante, ao qual caberá, ao final, a implementação das políticas finais da pessoa jurídica. Existe um único senão nessa colocação e que aqui é mais pormenorizadamente detalhada: qual a vinculação do *compliance officer* em relação à hierarquia.

Não obstante isso, é de se ver que ele exerce, sim, um papel de delegado com poderes de garantia, e por isso, seria plenamente responsável a título penal. A assunção desse papel de garante, com todas as implicações que lhe são impostas, deu-se a livre título, e havendo as condições para o exercício de seu desempenho, o *compliance officer* mostra-se penalmente solidário a tudo que for de seu mister cuidar, vigiar, controlar ou proteger.” (*Idem*, p. 242-243).

possui poder de mando em relação aos subordinados, possuindo apenas um dever de informação.<sup>669</sup>

Cabe esclarecer que nem todo dever jurídico é um dever de garantia. Por isso existe a distinção entre omissão própria e omissão imprópria. Com fundamento nessa separação de conceitos, pode se deduzir, assim como fez Juan Antonio Lascuráin Sánchez, que, caso não exista uma norma própria no descumprimento da vigilância, o *compliance officer* que não esteja previamente em conluio com os vigiados poderá responder a título de partícipe, pois não possui o domínio do fato.<sup>670</sup>

Sobre essa questão do domínio do fato pelo *compliance officer*, Lascuráin Sánchez, em elucidativa manifestação, disserta que os deveres de segurança recaem na figura do empresário e esse dever somente é delegado quando efetivamente se pode trasladar o domínio do cumprimento do dever.<sup>671</sup>

Com isso, é possível avaliar a participação do *compliance officer* como autor ou como partícipe. No primeiro caso, é necessário que realmente o agente esteja investido na posição

---

<sup>669</sup> “A figura do *compliance officer* em regra, mas não sempre, instalada em um escalão abaixo da cúpula de uma organização, é responsável pela avaliação dos riscos jurídicos ligados a determinadas atividades, e deve estabelecer mecanismos de controles internos para evitar que daquela estrutura (ou no interior dela) ocorram fatos puníveis. A pergunta é se, caso surjam fatos puníveis, seria possível punir o *compliance officer* em uma forma omissiva pelos delitos praticados: caso funcionários corrompam ativamente funcionários públicos, a pergunta é se o *compliance officer* pode ser, em razão de uma suposta posição de garantidor, responsável pelo delito de corrupção ativa (art. 333, CP) na forma omissiva (art. 13, §2º, CP). A maior dificuldade na fundamentação dessa posição de garantidor parece residir no fato de que, diferentemente dos sujeitos da cúpula, o *compliance officer* não possui poder de mando em relação aos subordinados - ao contrário, ele está, em regra, submetido ao poder de mando da cúpula -, possuindo apenas um dever de informação. A posição de garantidor dos superiores hierárquicos encontraria sua fundamentação precisamente nesse poder de mando, de modo que uma transferência da posição de garantidor para o *compliance officer*, sem a correspondente transferência do poder de mando, careceria de fundamento jurídico.” (LEITE, 2014, p. 150).

<sup>670</sup> “El lector se preguntará en este punto: ¿acaso no establecen las leyes ant blanqueo deberes de control para ciertas empresas? Es más: ¿acaso no impone el propio Código Penal un deber de control a las personas jurídicas para que eviten los delitos de sus empleados en su favor? ¿No estaremos entonces ante posiciones de garantía por mandato legal?

La clave para el “no” a la tercera pregunta a pesar del “sí” a las dos primeras es la de que *no todo deber jurídico es un deber de garantía*. Ni siquiera lo es todo deber penal, como lo demuestra el delito de omisión de deber de socorro, que obliga a cualquiera que pueda hacerlo sin riesgo propio ni de terceros a socorrer a quien se halle desamparado ante un peligro manifiesto y grave (art. 195 CP). El deber de garantía es un deber especial, reforzado, cuya infracción permite la atribución del resultado no evitado y que por estas graves consecuencias de su quebra debe asignarse selectivamente y con la justificación del ejercicio previo de la libertad del obligado. Como se verá a continuación, esos otros deberes podrán ser también importantes, pero no tanto como para asociar “autorías” a su quiebra en función del resultado acaecido, sino, en su caso, a lo sumo, contribuciones a título de partícipe.” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2014, p. 317-318).

<sup>671</sup> “Los diversos deberes de seguridad que recaen originariamente en la cúspide de la empresa, en la figura del empresario, sólo se delegan inicial y sucesivamente *cuando, entre otros requisitos, se produce la dotación del necesario dominio para el cumplimiento del deber*, lo que comporta, por de pronto, poder de influencia material y de dirección personal. Aquel poder podrá comprender instrumental, capacidad financiera o facultades de paralización de la actividad peligrosa; las competencias de dirección implican la impartición de directrices y, en su caso, la posibilidad de establecer nuevas delegaciones. Dominio significa también información necesarias para observar la función que de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control.” (*Idem*, p. 311).

de garante e, para isso, é necessário lhe delegar funções que possam desempenhar efetivamente seu mister, como a função de supervisão, a indelegabilidade da sua função e a possível função de detectar a periculosidade excessiva.

Por outro lado, o jurista espanhol afirma que se a função de *compliance* estiver sendo usada como de assessoramento nas matérias de riscos, não se equivaleriam a funções de garantia. Tendo consciência do ilícito que deveria ser evitado, e não cumprindo com sua função que seria reportar a falha na estrutura organizativa, seria de se averiguar a sua responsabilidade a título de participação.<sup>672</sup>

Conclusão semelhante é realizada por Ana Isabel Pérez Cepeda, para a qual o delegado somente será responsável quando assuma de forma concreta o controle sobre um determinado risco e realize, com sua omissão ou ação o tipo penal. No entanto, com a falta de transmissão desse controle deixaria a posição de garante inoperante.<sup>673</sup>

#### 4.9 Conclusão

A teoria do domínio do fato não se confunde com o domínio do fato em si. Somente após averiguados os fundamentos para a imputação da responsabilidade, passa-se a discorrer a que título cada interveniente responde pela respectiva conduta. Nessa quadra, a teoria do domínio do fato, com alguns aportes interpretativos, é possível de se aplicar na seara criminal empresarial, em todas as suas vertentes. Essa aplicação deverá sempre ser aferida no caso concreto.

Entende-se que o domínio da organização é uma espécie de domínio da vontade viável na seara empresarial, pois a reunião de alguns fatores como a existência de uma organização com poder de mando e a desvinculação do ordenamento jurídico em relação à atividade fim dessa mesma organização levam a uma diminuição da autorresponsabilidade dos executores e a uma posição de incremento na possibilidade de vulneração do bem jurídico tutelado pelo superior hierárquico. A facilidade na substituição dos agentes executores, em algumas circunstâncias, pode aumentar a dinâmica quanto à repetição e a automaticidade do delito.

<sup>672</sup> “El oficial podría ser penalmente responsable sin ser garante: podría serlo no como autor sino como partícipe por omisión cuando incumpla un deber específico de actuación - que no lo sea de garantía - cuya observancia hubiera impedido o dificultado la comisión de un delito por parte de un tercero. La punición de esta contribución omissiva exige dolo.” (*Idem*, p. 333).

<sup>673</sup> “En suma, si se dan estos requisitos formales, pienso que, puede darse una transmisión de la posición de garantía específica, que exonere de responsabilidad al delegante, siempre y cuando el sujeto delegado asuma de forma concreta el control sobre un determinado riesgo y realice con su omisión o con su acción el tipo penal. Esta delegación se materializa en la dotación del dominio necesario, entendido éste como la capacidad financiera o las facultades de paralización de directrices. La falta de este requisito deja a la aceptación de la transmisión de la posición de garante en inoperante y la delegación en intento.” (PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 111).

Da mesma forma, não existem empecilhos em se aplicar o domínio funcional do fato, mesmo quando exista relação hierárquica entre os agentes, sendo dispensável que a execução do fato seja conjunta pelo fato de a coautoria não se confundir com a coexecução.

Por outro lado, a responsabilidade por omissão é instrumento essencial para proteção de bens jurídicos econômicos, mas deve ser avaliada com cautela. Demanda-se, na imputabilidade penal, que o empresário ocupe uma posição de garante, consistente em ser o responsável pelos atos de seus subordinados que tenham pertinência com as finalidades da sociedade empresarial e que tenha efetivamente condições de cessar o evento delitivo.

Na delegação, deverá ser observado se os poderes decisórios são transferidos ao delegado para discernir eventual título participativo.

## 5 A RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL NOS ÓRGÃOS COLEGIADOS E A RELAÇÃO DE HORIZONTALIDADE

Trata o presente capítulo sobre uma forma distinta de manifestação do concurso de agentes se comparado com o capítulo anterior. O concurso de agentes pode se manifestar no bojo de uma relação hierárquica como também ser fruto de conluio entre agentes que estão no mesmo patamar organizacional.

As pessoas jurídicas são ficções do Direito e, dependendo da sua complexidade, os órgãos são criados para melhor geri-la e para otimização da execução dos seus objetivos. A manifestação de vontade emana desses órgãos, mas esses órgãos só atuam mediante condutas humanas. Para se afirmar a responsabilidade penal individual é imprescindível detectar o comportamento contrário à norma, de forma consciente, de cada um dos que compõem o referido órgão.<sup>674</sup>

Portanto, não é suficiente que a pessoa investigada ou acusada faça parte de um órgão responsável pela emissão de uma ordem que seja exteriorizada.<sup>675</sup> A vontade do órgão não se

<sup>674</sup> Trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Brito na Ação Penal nº 470, especificamente da parte em que se manifesta sobre a responsabilidade individual: "Também enfrente a distinção entre gestão fraudulenta de instituição financeira e lavagem de dinheiro; faço a distinção, mostro que não se confundem - uma figura delituosa não absorve a outra. Cito ampla doutrina sobre os temas aqui versados e parto, finalmente - como não pode deixar de ser -, para o que o Ministro Lewandowski vem chamando de exame orteguiano, aplicabilidade orteguiana do Direito Penal. Eu também, Ministro Lewandowski, há uns bons três anos que tenho usado, coincidentemente, tanto o adjetivo "orteguiano" quanto o advérbio "orteguianamente". Como Vossa Excelência fez. Porque o Direito Penal não pode deixar de se guiar por critérios de responsabilização rigorosamente pessoal dos agentes, o que não impede evidentemente uma visão de conjunto, sobretudo quando se dá uma criminalidade caracterizada pela coautoria singela ou então pela coautoria qualificada do enquadramento. Não se pode perder de nenhum modo a visão de conjunto. É o que tenho chamado de "viagem do intérprete", no plano factual, do fragmentado para o infragmentado e vice-versa." (fl. 55.076).

<sup>675</sup> PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA QUE ATINGE PARTE DOS DELITOS IMPUTADOS. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. ART. 386, VII DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA MANTIDA. 1. Das imputações: "deve ser declarada, ex officio, extinta a punibilidade do acusado, em decorrência da prescrição retroativa pela pena em abstrato, apenas em relação aos fatos descritos na denúncia nos itens 3.1.3 (data dos fatos: 24/08/1998 - fls. 1-21/22), 3.2.2.2 (data dos fatos: 23/09/1998 - fls. 1-35/36), 3.2.3.2 (data dos fatos: 30/07/1998 - fl. 1-39) e 3.2.4.2 (data dos fatos: 24/08/1998 - fl. 1-42), uma vez que entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia - 24/11/2008 (fls. 262/264) - passaram-se mais de 10 (dez) anos, remanescendo não alcançados pela prescrição os fatos descritos no Item 3.2.1.3 da denúncia" (opinativo ministerial). 2. "É inadmissível a condenação de alguém simplesmente pelo fato de pertencer à diretoria e ao conselho de administração de uma instituição financeira. Da mesma forma, deve ser afastada a possibilidade de qualquer administrador, por omissão, responder por atos fraudulentos praticados por seus pares, principalmente se a sua condição de garante não estiver plenamente caracterizada, sob pena de agasalharmos a tão repudiada responsabilidade penal objetiva." 3. "Não se desincumbiu o Ministério Público Federal de individualizar, na fase de instrução, submetida ao crivo do contraditório, a efetiva participação do acusado no estratagema de acobertamento das origens das expressivas quantias mencionadas na operacionalização do esquema conhecido como 'mensalão mineiro', de forma que não há provas nos autos da participação nos autos da participação inequívoca do réu nos fatos caracterizadores do crime objetivo da presente persecução." 4. Apelação desprovida. (TRF1 - Apelação Criminal nº 2008.38.00.034961-6, 4ª Turma, e-DJF1 15.10.2015, Relatora Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho).

confunde com a vontade pessoal, assim como a responsabilidade objetiva não se confunde com a responsabilidade subjetiva.<sup>676</sup>

No entendimento de Germano Marques da Silva, mesmo nas ordens colegiadas, além de não implicarem automaticamente a responsabilidade penal para todos os seus membros, deve ser averiguada a culpabilidade individual, ou seja, se atuaram como autores, cúmplices, com dolo ou negligência.<sup>677</sup>

A respeito da horizontalidade no concurso de agentes, soa apropriado mencionar tanto a correlação entre distintos órgãos dentro de uma mesma empresa quanto à responsabilidade dos agentes que ocupam o mesmo órgão. Quanto à primeira hipótese, passa-se a discorrer sobre a teoria da competência e, após, sobre os órgãos diretivos de uma sociedade empresária. Na outra parte deste capítulo será analisada a votação individual dentro de um mesmo órgão.

### **5.1 A aplicabilidade dos fundamentos da teoria da competência nos delitos empresariais**

Como visto no decorrer deste trabalho, ao se falar de empresa, deve se ter em mente as variadas grandezas que a conjunção de forças de produção possa demandar. Nas pequenas empresas, dotadas de poucos sócios, com poucos empregados, muitas vezes as aplicações das teorias tradicionais de distinção entre autoria e participação podem resolver questões que não se apresentam complexas. Nessa distinção também se incluem a percepção dos elementos empíricos que levam à responsabilização por delitos cometidos no seio da sociedade empresarial.

Entretanto, à medida que a empresa se torna mais complexa, outras técnicas de identificação da responsabilidade devem ser utilizadas, como é o caso da aplicação da teoria da imputação objetiva e da repartição das competências. Para averiguar eventual

---

<sup>676</sup> “O facto de titulares dos órgãos manifestarem uma vontade que normativamente é imputada à sociedade, enquanto vontade funcional, não a descaracteriza como vontade individual dos titulares dos órgãos. Ora, quando a lei não admite a responsabilização penal da sociedade, a via natural para a tutela dos bens jurídicos protegidos é a punição do agente individual, mas a punição do agente não é necessariamente substitutiva da punição da sociedade: a pessoa física é punida em razão da sua própria conduta.” (SILVA, 2009, p. 291).

<sup>677</sup> “Na base de que a responsabilidade penal é estritamente pessoal, a circunstância de um crime ser perpetrado no âmbito ou com a participação de um crime ser perpetrado no âmbito ou com a participação de um órgão colegial não implica automaticamente a responsabilidade penal para todos os membros desse órgão. No caso em que tal responsabilidade for exigível a todos os titulares do órgão tão pouco têm de responder todos eles necessariamente em idêntica medida, podendo responder uns como autores e outros como cúmplices, uns a título de dolo e outros de negligência. Devem reger aqui as regras gerais que regulam a intervenção de várias pessoas no crime e com base nelas averiguar qual foi a contribuição real de cada um sujeito na realização do tipo.” (*Idem*, p. 395).

responsabilidade, não se pode perder de vista a realidade da organização empresarial<sup>678</sup>. É necessário que se descubra como funciona a engrenagem da máquina empresarial com o intuito de clarificar quem detém o seu controle e saber também a quem imputar a responsabilidade. Nessa toada, como visto no tópico sobre a delegação de poderes, é importante saber quem assumiu determinadas tarefas que originariamente estavam ao encargo de outra pessoa.<sup>679</sup>

Essa divisão de tarefas no seio empresarial é exigência decorrente do aperfeiçoamento dessa atividade. Com o aumento da demanda pelos produtos e pelos serviços de uma empresa, esta tende a se expandir e para suprir essa demanda contratam-se mais empregados e criam-se órgãos. Alguns setores ou órgãos estão no mesmo patamar hierárquico se comparado com outros, e distinguem-se pela especialização dos assuntos com que laboram. Na realidade específica de cada empresa, alguns órgãos se reportam a um centro de comando e outros possuem autonomia para desenvolver atividades sem o conhecimento de órgãos superiores.

Com efeito, a proposição feita por Bernardo José Feijoo Sánchez se destaca ao se utilizar da teoria dos papéis e da imputação objetiva para discorrer sobre a autoria em organizações empresariais complexas. No entanto, antes mesmo de se adentrar na teoria das competências, é imperioso destacar que, embora o jurista espanhol tenha elaborado capítulo de livro com a denominação “Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas”<sup>680</sup>, traduzido para o português por Vânia Costa Ramos<sup>681</sup>, da leitura dos seus escritos extrai-se que o penalista descreveu métodos de identificação da responsabilidade penal e não necessariamente técnicas de distinção entre autoria e participação. Isso é o que se deduz do seu contexto e também pelo fato de o próprio jurista afirmar que a distinção entre coautoria e participação seria uma questão secundária ao seu trabalho.<sup>682</sup>

---

<sup>678</sup> “A ciência do Direito Penal deve levar a sério a existência de organizações como realidade social e construir uma dogmática do crime que permita à *praxis* tratar adequadamente este fenómeno característico das sociedades modernas.” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012, p. 39).

<sup>679</sup> “A distribuição de funções, seja horizontal ou vertical, conduz, sobretudo nas empresas mais complexas, a estruturas funcionais autónomas mesmo em relação ao centro decisor comum. Acresce que todo o processo de descentralização pressupõe também a confiança, ou seja, aceita-se que cada pessoa de determinado escalão ou sector cumpre devidamente as suas funções sem necessidade de controlo do trabalho realizado pelos outros escalões ou sectores, cabendo a cada escalão ou sector apenas o cumprimento dos seus deveres. Tudo isto contribui para que neste âmbito seja frequentemente difícil determinar o responsável ou responsáveis pela infracção, acrescentando a dificuldade de penetrar no interior da empresa, sobretudo quando se trata de empresas de grande dimensão e de clarificar as forças de comando e de controlo.” (SILVA, 2009, p. 16).

<sup>680</sup> *Ibidem*, 2009, p. 1-48.

<sup>681</sup> *Ibidem*, 2012, p. 26-57.

<sup>682</sup> “Los criterios para definir cada contribución como coautoría o participación son una cuestión secundaria que no puede ser desarrollada aquí con gran precisión. Sólo diré que en el marco de una teoría normativa de la imputación como la planteada hasta el momento, a los coautores se les imputa directamente el riesgo creado por la organización, en virtud de su competencia preferente con respecto al hecho, y a los partícipes, accesoriamente, es decir, a través de los autores que son responsable directos - comisiva u omisivamente - del hecho típico.”

Embora as teorias sobre o domínio tenham matriz diversa da teoria sobre a competência, cuja normatização tem maior profundidade, não se vislumbra incompatibilidade de se utilizar a teoria da competência, fundada na atribuição de papéis, para identificar a autoria em organizações empresariais complexas, sem olvidar da aplicação da teoria do domínio do fato.

Feijoo Sánchez, ao afastar as demais teorias como reitoras na identificação da autoria,<sup>683</sup> afirma que a normatização do injusto confere novo tratamento sobre as estruturas complexas,<sup>684</sup> como são as estruturas empresariais e as Administrações Públicas. Complementa com a afirmação de que não se pode verificar a autoria apenas no plano individual.<sup>685686</sup> Contudo, há de se ter cautela quanto à avaliação da responsabilidade individual e subjetiva para fins penais. O não afastamento desses postulados é ordem imperativa.

Reassentada essa ideia, há de se concordar que, em sociedades maiores, existe uma atomização ou fragmentação de movimentos corpóreos das decisões políticas da empresa, do conhecimento sobre os riscos do negócio e da obtenção de informações, principalmente das informações privilegiadas. Desse modo, a partir de um certo grau de grandeza já não é possível encontrar em uma pessoa, ou até mesmo em um órgão, a disposição de informação global sobre a atividade empresarial.<sup>687</sup> O desmembramento das atividades é consequência

(FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Cuestiones actuales de derecho penal económico. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2009, p. 41-44).

<sup>683</sup> “Las teorías tradicionales del tipo podrían seguir utilizándose para imputar hechos delictivos en casos de empresas pequeñas sin demasiada complejidad u organizaciones empresariales donde existe un superior jerárquico que ostenta de forma monopolística el poder de mando y decisión sobre un grupo reducido de subordinados. Sin embargo, las cosas se complican cuando nos tenemos que enfrentar a las características que suele presentar la “empresa moderna” que, además, no presenta una foto fija sino un perfil que cambia con suma rapidez. Un sector doctrinal venimos señalando como lo decisivo no es quién ejecuta “de propria mano” la acciones (modelo de imputación bottom up), ni tampoco quien tiene un mayor rango jerárquico dentro de la estructura empresarial (modelo de imputación top down), sino que habrá que atenerse a la asignación material de competencias.” (*Ibidem*, 2009, p. 38).

<sup>684</sup> “La normatización del injusto, capitaneada por la teoría de la imputación objetiva, abre, sin embargo, una dimensión nueva para el tratamiento de estructuras complejas como las empresariales o aquellas de las Administraciones Públicas y, en general, para solucionar dogmáticamente los problemas que las estructuras sociales modernas plantean a la dogmática jurídico-penal.” (*Idem*, 2009, p. 1).

<sup>685</sup> “Pretender comprender normativamente as condutas dos que trabalham numa empresa de um prisma exclusivamente individual representa uma cegueira face à realidade. (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012, p. 36).

<sup>686</sup> Este trabajo parte de la idea de que no es un planteamiento adecuado interpretar em clave estrictamente individual el sentido objetivo de algunos comportamientos que tienen que ver con organizaciones complejas.” (*Idem*, p. 1).

<sup>687</sup> “Nas grandes empresas e sociedades potencialmente perigosas para bens jurídicos fundamentais assiste-se a uma atomização ou fragmentação de movimentos corpóreos, decisões de política geral, conhecimento sobre riscos e recolha de informações pelas empresas sobre seu impacto no ambiente circundante, de tal modo que a partir de um certo grau de complexidade já não é possível encontrar uma pessoa na qual coincidam criação ou participação no risco, com representação desse mesmo risco, ou que disponha de informação global sobre a actividade empresarial. Os gerentes e administradores têm uma visão demasiado global e aqueles que conhecem directamente os efeitos da actividade empresarial não têm a visão de conjunto necessária para compreender a

natural, embora não seja impossível que o sócio controlador pratique diretamente, com o domínio da ação, fatos delitivos empresariais.

Consequentemente, dentro de uma empresa complexa podem existir órgãos ou departamentos completamente diferenciados que funcionem de forma autônoma ou independente em relação a um poder hierárquico central. No exemplo citado sobre a *Wolkswagen* e a fraude com os emissores de poluentes, além de a empresa ser uma multinacional, é possível deduzir, em empresas complexas como esta, que a fábrica possua uma linha de montagem, cujas peças possam ser produzidas e enviadas de outro país. Aliado a isso há diversos outros setores administrativos, contábeis e, quiçá, com departamento próprio de publicidade. Ao se divulgar que os seus veículos estão em acordo com a legislação ambiental e que, mesmo com maior potência do motor, poluem menos que o dos concorrentes, pode se questionar quais delitos foram cometidos e quem são os respectivos responsáveis.<sup>688</sup>

Para resolver esses questionamentos, Feijoo Sánchez elabora um roteiro, e o primeiro passo seguiria pela linha da imputação objetiva. Nesse raciocínio, seria necessário verificar se **o fato é objetivamente imputável ao âmbito da organização da empresa,**<sup>689</sup> **identificar**

perigosidade que encerram certas actividades industriais empresariais. Na grande empresa não concorrem nas mesmas pessoas informações e conhecimentos técnicos e a capacidade para tomar e executar decisões. Há um desmembramento entre a actividade de direcção, a disponibilidade de informação e o poder de decisão, o que representa um problema central para a determinação da responsabilidade.” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012, p. 28).

<sup>688</sup> “A partir desta ideia, deve sublinhar-se que dentro de uma empresa complexa existem domínios ou secções completamente diferenciados que funcionam de forma autónoma ou independente. Expresso de forma gráfica, os trabalhadores da secção de publicidade não tem que cuidar do que fazem os trabalhadores da produção e estes, por sua vez, não tem que atentar se a secção de contabilidade faz bem as conta. Desta forma, se, por exemplo, uma unidade de uma linha de produção fabrica um produto bom, sabendo que a publicidade é enganosa, pois faz crer que o produtos tem características que lhe faltam (por exemplo, o consumidor é levado a acreditar pela publicidade que batata fritas são feitas com azeite, quando apenas 2% do óleo usado é azeite), a responsabilidade potencial pela referida publicidade enganosa será apenas dos responsáveis pela publicidade. Há que se ter presente que este fenómeno da existência de áreas definidas de organização e de responsabilidade faz com que, ainda que alguém saiba ou possa saber que está a favorecer uma conduta criminosa, não lhe possa ser imputado o facto típico desde que este nada tenha que ver com o seu sector de actividade dentro da empresa, isto é, desde que se trate de acontecimentos relativamente aos quais não tem de ter qualquer cuidado. Nem todos os membros de uma empresa têm que cuidar de tudo que nela acontece, mas tão só de determinados aspectos da actividade, por exemplo, os trabalhadores que carregam camiões com mercadorias, sabendo que os condutos são obrigados pela empresa a fazer uma condução temerária durante o transporte não respondem se acontecer um acidente. O seu âmbito de competência é apenas cuidar de que a carga vá bem arrumada. Outra seria a situação se o acidente se tivesse devido a uma má colocação da carga no camião. O mesmo pode dizer-se dos cozinheiros de determinados estabelecimentos de entrega de pizzas ao domicílio face ao comportamento dos condutores de motociclos que as entregam.” (*Idem*, p. 40-41).

<sup>689</sup> “a ) Determinar cuándo el delito es objetivamente imputable al ámbito de organización “empresa”, ya que puede ser que a ésta no se le pueda imputar objetivamente un hecho. Si no es posible imputarle objetivamente el hecho a la empresa, tampoco será posible imputárselo a sus integrantes. Como punto de partida de la responsabilidad individual que caracteriza al Derecho Penal vigente es preciso poder imputar objetivamente el hecho típico al colectivo, es decir, a una organización defectuosa del colectivo.” (*Ibidem*, 2009, p. 17).

**quem são as pessoas físicas competentes** que estariam relacionadas com o fato<sup>690</sup> e, por fim, saber **quem são as pessoas competentes que descumpriram seus deveres**<sup>691</sup>.

Assumindo essas premissas como seguras para identificação da autoria, quanto à primeira circunstância, ou seja, ao **fato objetivamente imputável ao ente coletivo**, seria necessário averiguar se o desenrolar das atividades empresariais estaria no âmbito do risco permitido, pois nem todo resultado lesivo, cuja origem advém de uma atividade empresarial, significa responsabilidade da própria empresa.<sup>692</sup>

O fato objetivamente imputável está compreendido na análise do risco permitido, na lesão causada pela própria vítima ou no resultado imputável exclusivamente a terceiros.

Ao se comercializar ações de uma companhia, como por exemplo da *Enron*, é possível que o acionista venha a perder praticamente todo o valor que elas refletiam. Essa danosa circunstância em geral faz parte do risco que o próprio acionista assumiu. Essas adversidades podem surgir por diversos fatores, desde a perda da competitividade em face de disputa de mercado com outras empresas ou até mesmo em razão de interferência excessiva do Poder Público na economia.

Nessa quadra, a sociedade empresarial pode atuar dentro do risco permitido, como também a lesão pode ser culpa da própria pessoa lesionada. A própria vítima pode não utilizar um produto adequadamente, mesmo com todas as recomendações indicadas pelo fabricante.

Por outro lado, não se pode imputar a responsabilidade penal aos fornecedores de todas as demais peças para montagem dos veículos que utilizaram dispositivos inibidores de poluentes. Nesse caso, não há pertinência em declarar as outras empresas, como por exemplo a fornecedora de pneus, como garantes da empresa automobilística.

Mesmo na realização de um grande empreendimento criminoso, como foi a hipótese da Ação Penal nº 470, há de se averiguar até que ponto a prática de fatos típicos foram

<sup>690</sup> “b) Una vez que se há constatado que el hecho es objetivamente imputable a la empresa, determinar quiénes son las personas físicas que dentro del entramado corporativo son competentes de esse hecho como autores o partícipes. La delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad dentro de la empresa hace que no se tenga el deber de evitar lo que sucede en ámbitos ajenos de la misma empresa. Haciendo uso de una conocida expresión de Jakobs, ni siquiera dentro de una empresa todo es asunto de todos. Por ello hay que buscarm dentro de la empresa, a las personas competentes de un hecho de esas carecterísticas.” (*Idem*, p. 17).

<sup>691</sup> “c) Por último, es preciso determinar quiénes, entre las personas competentes, han infringido sus deberes. Los deberes son prestaciones altamente personales y, por tanto, la infracción de un deber debe ser determinada e imputada de forma individualizada, teniendo en cuenta la estructura y organización de la empresa. El principio de confianza es un criterio de gran ayuda para determinar si una persona há infringido o no sus deberes, en los supuestos de trabajo en equipo o dentro de una organización.” (*Idem*, p. 17-18).

<sup>692</sup> “Si asumimos como válidos los puntos de partida adoptados en este trabajo, lo que interesa, en primer lugar, en el ámbito de las actividades empresariales son los procesos causales y los riesgos, no como sucesos individuales o como una suma de sucesos individuales, sino como obras del colectivo. No todo *output* lesivo de la empresa adquiere en una sociedad moderna el significado objetivo de matar o lesionar a otro (a otro ámbito de organización).” (*Idem*, p. 18).

arquitetados dentro de um plano comum. Nisso, há que se mencionar que o núcleo publicitário não poderia responder por delitos financeiros praticados pelos integrantes da instituição bancária, salvo se atuassem diretamente na participação desses delitos.

Com relação à **repartição de tarefas dentro do órgão competente**, Feijoo Sánchez afirma que a empresa tem uma posição de garante original, que é assumida por diretores e administradores e que geram, em cadeia, uma delegação de deveres parciais.<sup>693</sup> Em vista disso, no marco das atividades realizadas em grupo, surge a relevância da delimitação objetiva no âmbito da organização.<sup>694</sup> Essa delimitação, reconhece o próprio jurista, não está atrelada à organização formal. Embora Feijoo Sánchez seja adepto da normatização da conduta, não afasta a realidade do domínio do fato neste pormenor.<sup>695</sup> É necessário, pois, conhecer as pessoas que desempenham as tarefas de governo, de gestão e de administração da empresa.<sup>696</sup>

Nesse diapasão, dentro de uma organização complexa, podem existir diversos setores ou órgãos que funcionam de forma autônoma ou independente.<sup>697</sup> Com isso, nem todos os empregados da empresa devem ter cuidado com tudo o que se passa na empresa, senão somente com aspectos que dizem respeito às suas atividades.<sup>698</sup>

No exemplo da indústria automobilística poderia se cogitar de infração às normas penais ambientais e às normas da relação consumeirista. Seguindo o aludido roteiro, a infração ambiental poderia alcançar os estratos mais altos da companhia, desde que tivessem determinado a produção do veículo com o dispositivo fraudulento, ou, sabendo da conduta fraudulenta do órgão técnico, não impedisse a produção e a comercialização dos veículos. Os

<sup>693</sup> “La empresa tiene una posición de garante original, que es asumida por directivos y administradores y que va generando, en cadena, una delegación de deberes parciales.” (*Idem*, p. 20-21).

<sup>694</sup> “En el marco de las actividades realizadas en grupo, como las empresariales, cobra especial relevancia la delimitación objetiva de ámbitos de organización.” (*Idem*, p. 21).

<sup>695</sup> “No voy negar que el problema es que, en muchas ocasiones, no coincide la organización formal con las relaciones efectivas de poder y dominio dentro de la empresa, y el Derecho Penal no puede limitarse a imputar delitos con base en criterios puramente formales, pero en caso nos encontramos más ante problemas de prueba que teóricos. Entiéndase, pues, que cuando me refiero al reparto de ámbitos de competencia me estoy refiriendo a un sentido material, y que información tal como los organigramas internos de una empresa sólo sirven como criterio de ayuda para probar qué elenco de deberes tenían efectivamente, determinadas personas dentro de un entramado empresarial. La praxis judicial más reciente suele tener claro este aspecto, por lo que no es preciso insistir en ello.” (*Idem*, p. 21-22).

<sup>696</sup> “A la hora de determinar la responsabilidad penal individual por el delito o infracción cometidos a través de la actuación de la empresa, nos encontramos con que en la configuración de todo el proceso delictivo participan una pluralidad de personas, miembros de la empresa, que desde diversas posiciones jerárquicas aportan una serie de contribuciones individuales a la realización del hecho delictivo en su conjunto. En la medida en que, el ejercicio de la competencia de cada interviniente sólo es parcial, resulta imprescindible conocer la persona o personas que desempeñan las tareas de gobierno, gestión o administración de la empresa.” (PÉREZ CEPEDA, 1997, p. 19).

<sup>697</sup> “A partir de esta idea, hay que señalar que dentro de una empresa compleja existen ámbitos o secciones completamente diferenciados que funcionan de forma autónoma o independiente. (FEIJOO SÁNCHEZ, *Op. cit.*, p. 22).

<sup>698</sup> “En las empresas no todos sus integrantes tienen que tener cuidado de todo lo que pase en la empresa, sino sólo de determinados aspectos de la actividad.” (*Idem*, p. 23).

responsáveis pela instalação do dispositivo inibidor de emissão de poluentes também seriam autores, na medida em que suas funções teriam pertinência com o bem jurídico protegido pela norma.

Situação diversa se mostraria em relação à publicidade do veículo.<sup>699</sup> Nessa hipótese, não poderia ser atribuída a conduta às pessoas que pertencem ao órgão que compete fazer a instalação do dispositivo, porque a divulgação dos produtos da empresa não é papel desses empregados. Por outro lado, caso os funcionários que possuíssem a atribuição de fazer a divulgação do veículo soubessem da fraude e ainda assim persistissem na atividade de divulgação de informação falsa, poderiam ser processados por infringência à relação consumeirista, mas não por infração à legislação ambiental.

Por fim, no último estágio, há a identificação da **responsabilidade das pessoas que infringiram seus deveres**. Nessa linha, dentro de uma repartição, mais de uma pessoa pode ser responsável pelos mesmos afazeres, razão pela qual se destaca o princípio da confiança, cujo nível não é igual para todos. Isso significa que, quanto menor seja a preparação, a experiência e o poder do subordinado, maior será o dever de supervisão do superior e menor será o alcance do princípio da confiança. A inversão dessas predicados também segue a mesma lógica.<sup>700</sup>

Como hipótese elucidativa, pode-se imaginar a reunião de gerentes de uma instituição financeira, na qual serão deliberados requerimentos de empréstimos bancários. Um dos gerentes, com credibilidade perante um grupo, possui uma reduzida clientela qualificada e

---

<sup>699</sup> Artigo 66 do CDC:

“Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.”

Artigo 67 do CDC:

“Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.”

Artigo 7º da Lei nº 8.137/1990:

“Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

(...)

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.”

<sup>700</sup> “De acuerdo con lo que he dicho, el principio de confianza no tiene la misma eficacia en sentido “descendente” o en sentido “ascendente”. La vigencia del principio de confianza es mucho más evidente para el que tiene una posición subordinada, sobre todo cuando existen grandes desniveles en cuanto a la preparación y al poder dentro de la empresa. En sentido inverso, cuanto menores sean la la preparación, experiencia y poder del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior, correlativamente, menor será el alcance del principio da confiança. Todo lo contrario sucede cuando el subordinado es una persona altamente cualificada (una empresa constructora tiene en plantilla a un geólogo altamente cualificado para hacer informes sobre los terrenos de los solares disponibles para construir; una empresa de productos dietéticos tiene a un farmacéutico como director de laboratorio).” (FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, p. 26).

omite informações importantes que levariam ao indeferimento de pedidos de empréstimos. Os demais gerentes, apesar de fazerem parte do mesmo órgão e terem poderes de evitar práticas ilícitas, não serão responsáveis, caso seja seguido esse critério de confiança.

Não obstante essa compatibilidade da teoria dos papéis com o domínio do fato, é de se mencionar que sempre haverá retenção de competência dos órgãos que ocupam escalões hierárquicos superiores. Diferentemente do que parece propor Feijoo Sánchez, a responsabilidade não fica compartimentalizada somente a um setor.

No exemplo relativo aos automóveis da *Wolkswagen*, com a infração aos delitos ambientais e aos delitos relativos à defesa do consumidor, o chefe da empresa situado no país poderá, em tese, responder por ambos os delitos, pois, em razão da sua posição na sociedade, teria a competência e o poder de fato para determinar a suspensão da produção, tanto do veículo quanto da publicidade. Diversas são as situações da equipe de engenheiros e do setor de publicidade e propaganda da empresa.

Há também de se divergir da posição de Feijoo Sánchez ao dizer que quanto maior a organização menor é o controle dos que se encontram em posição superior.<sup>701</sup> O conhecimento das informações no âmbito das sociedades empresárias não gira somente nesse sentido. As variadas situações que podem ocorrer dentro de uma grande empresa não permitem excluir, de plano, a possibilidade de que o ocupante em alto grau na escala hierárquica tenha a visão global e até individual dos acontecimentos. Levar a efeito a afirmação de que as competências de altos dirigentes são em muitos casos sobre aspectos gerais e de que não tenham influência em decisões concretas carece de sustentação fática. O conhecimento sobre determinada matéria depende de prova empírica para saber se o ocupante dessa posição tinha conhecimento a respeito dos fatos, inclusive de assuntos técnicos da empresa. Em algumas hipóteses, não concorrerão os mesmos graus de informação e de conhecimento técnicos<sup>702</sup>, mas, em outras, além de ser possível esse conhecimento, é viável que o administrador receba as informações técnicas básicas que são traduzidas para um juízo leigo no qual se possa antever as consequências. Com isso, é suficiente decidir por praticar

---

<sup>701</sup> “Hace tiempo que los teóricos del *management* y de las organizaciones han llegado a la conclusión de que cuanto más grande se vuelve la organización, menos es el control que los situados en la cima ejercitan sobre sus *outputs*. Por ello, la responsabilidad de los integrantes del gobierno corporativo tiene que ver más bien con la administración y el consiguiente control de los riesgos inherentes al trabajo colectivo y el reparto de funciones. Sus competencias en muchos casos son sobre estos aspectos generales y carecen de influencia en decisiones concretas.” (*Idem*, p. 15-16).

<sup>702</sup> “En la gran empresa no concurren en las mismas personas información y conocimientos técnicos, capacidad para tomar decisiones y ejecución de dichas decisiones. Existe un desmembramiento entre actividad de dirección, facultad de información y poder de decisión que representa un problema central para la constatación de responsabilidad.” (*Idem*, p. 3).

um evento delitivo. Portanto, a existência de complexas decisões técnicas não é argumento,<sup>703</sup> por si só, suficiente para ilidir a responsabilidade de administradores.

Quando é afirmado que nem sempre se pode resolver todos os problemas projetando a responsabilidade até ao vértice superior da pirâmide, deve se colocar entre parênteses que, ao tentar limitar os poderes dos órgãos superiores de direção somente a políticas de coordenação muito genéricas<sup>704</sup>, se parte do pressuposto de que esses mesmos órgãos, em razão de outras atribuições, nada sabiam a respeito dos fatos delituosos.

Na sonegação do Imposto de Renda, por mais que o ato seja complexo e exista um emaranhado de legislação com assuntos técnicos, não há inibição de que o administrador, fundado em juízo leigo, conheça a máxima de que quanto menos declarar menos imposto pagará. Não é necessário cursar ciências contábeis para se atingir esse conhecimento.

Portanto, em organizações empresariais complexas permanece a validade sobre o exercício do poder de mando na relação hierárquica, mas nas relações horizontais entre os mesmos órgãos é necessário verificar a pertinência da matéria tratada com a atribuição de cada departamento.

Vista a comparação entre órgãos distintos, cabe agora verificar a responsabilidade no seio dos órgãos colegiados.

## 5.2 O Conselho de Administração, a Diretoria e o respectivo funcionamento

A estrutura empresarial, como dito alhures, pode surgir de diferentes formas, e o centro de decisão, de cada empreendimento que se pode apresentar, pode emergir de distintos órgãos quanto mais complexa for uma estrutura societária. Disso decorre que, deve se ter cautela ao se identificar tanto a força do domínio que o indivíduo possua quanto a setorização que tenha pertinência com o delito.

A sociedade empresarial também poderá ter porte considerável e ainda assim ser regida por um contrato social e não por um estatuto. Nesse caso, a sociedade possui ampla

---

<sup>703</sup> “Todo esto hace que para el vértice superior de la empresa sea difícil afirmar en todos los casos que un determinado hecho resultaba evitable, sobre todo cuando tiene que ver con complejas decisiones técnicas. La complejidad de la interacción dentro de la empresa dificulta su conducción individual.” (*Idem*, p. 14-15).

<sup>704</sup> “Por isso, nem sempre podem resolver-se todos os problemas projectando a responsabilidade até ao vértice superior da pirâmide, devido à importância que numa empresa ou sociedade têm os cargos intermédios ou os encarregados ou chefes de uma secção ou unidade operacional concreta, com enormes poderes de decisão. Nestes casos, os órgãos superiores muitas vezes não tomam as decisões, mas apenas controlam e supervisionam a actividade dos dirigentes intermédios, que são quem realmente adopta as decisões relevantes e dispõe da informação decisiva com respeito à possível lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos. Os órgãos superiores de direcção apenas se ocupam de políticas muito genéricas da empresa e realizam trabalhos de coordenação muito genéricos.” (*Ibidem*, 2012, p. 44-45).

disposição de sua organização conforme previsão do Código Civil e a administração também poderá ocorrer de forma colegiada.<sup>705</sup>

As sociedades empresárias podem se distinguir entre sociedades contratuais e sociedades estatutárias. As primeiras são regidas por um contrato social e as segundas por um estatuto e, em qualquer uma delas, sempre existirá um centro de comando no qual serão emitidas decisões sobre o direcionamento da sociedade. Pode-se não decidir tudo, e a tendência é que se decida menos quanto maior for o topo da escala hierárquica em razão das delegações de funções. No entanto, presume-se que as decisões estratégicas da sociedade sejam emanadas desse centro decisório.

Assim, embora possam existir métodos diferenciados de produção e de gestão, isso não altera a escala hierárquica. Como observa Bernd Schünemann, é possível ter uma alteração sobre o centro de decisão, não em definitivo, chamado como limitação de domínio, quando exista divisão de trabalho dentro de um mesmo órgão, na construção de consórcios e na delegação a denominados "subempresários".<sup>706</sup>

As maiores sociedades empresárias normalmente estão divididas por uma *Assembleia Geral*<sup>707</sup> que é o órgão máximo em termos de tomada de decisões<sup>708</sup>. Nesse órgão estão todos

<sup>705</sup> Artigo 1.010 do Código Civil:

“Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.

§ 1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital.

§ 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá o juiz.

§ 3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.”

<sup>706</sup> “El poder de dirección en la empresa se apoya *em cuatro pilares*, que pueden ser ejecutados de forma fuertemente diferenciada *según la estructura concreta de organización*; es decir, la *estructura jerárquica* que se traduce en el poder directivo o derecho de dirección; la *distribución del trabajo*, que aumenta hacia abajo en la estructura de organización con una vista panorámica o de conjunto en descenso y con una fungibilidad creciente de los órganos de ejecución; la formación de un *sistema de conducta* que casi funciona por sí mismo, basado en procesos de aprendizaje colectivo, mantenimiento de los valores y rutinas de acción; y, finalmente, el poder de determinación sobre los *medios de producción objetivos*. El ideal típico que personifica este modelo de los cuatro pilares se encuentra en empresas que existen desde hace mucho tiempo organizadas estrictamente conforme al *principio de una línea* con distribución completa del trabajo; pero que, sin embargo, en la práctica, pudieron haber quedado reducidas a la excepción, y que desde la proclamación de la *producción ligera (lean production)* y de la *dirección ligera (lean management)* podrían encontrarse en retirada. Para mi tema de hoy, la dirección de la empresa, por regla general, las personas que suportan los órganos de la empresa, la renuncia creciente al *sistema de una línea* y el cambio a la descentralización y al *lean management*, tienen, sin embargo, sólo un significado secundario porque la posición jerárquica de la cima de la empresa no se ve afectada por eso. Una limitación del dominio practicado por los órganos de dirección sobre el suceso empresarial sólo procede bajo tres aspectos: en una división del trabajo dentro del órgano de dirección; en una puesta a salvo de las funciones de la empresa a través de la construcción de un consorcio; o, finalmente, en un cambio o traslado a subempresarios. Aparte de estas tres constelaciones especiales, que quedan por investigar, también en las formas modernas de organización existe una separación de la *dirección de la empresa como órganos de decisión* del órgano de ejecución subordinado y se cumple el principio de *reciprocidad de la acción verificada y de la influencia en el suceso*.” (SCHÜNEMANN, 2002, p. 132).

<sup>707</sup> “O órgão responsável pela expressão da vontade de uma sociedade é a assembleia geral, que pode ser conceituada como a reunião dos acionistas para deliberar sobre matérias de interesse da sociedade.

os acionistas e se trata de um órgão deliberativo que somente decide; não executa a decisão que definiu. Em outras palavras, a Assembleia não administra cotidianamente a sociedade. Outro órgão existente é o *Conselho de Administração*<sup>709</sup> que também é um órgão deliberativo que existe para evitar que seja convocada a Assembleia toda vez que houver problemas a serem resolvidos. Portanto, é um órgão que efetivamente administra a sociedade. Trata-se também de um órgão intermediário entre a Assembleia Geral e a Diretoria. A *Diretoria*<sup>710</sup>, por sua vez, é um órgão que também emite decisões e que as executa, bem como cumpre as decisões deliberadas pela sociedade empresarial.<sup>711</sup>

Portanto, há de se diferenciar a propriedade da gestão da empresa, pois o facho de luz sobre a análise da conduta deve ser direcionado à efetiva administração e, no caso de uma sociedade anônima, o Conselho de Administração e a Diretoria são, normalmente, os órgãos encarregados precipuamente de tomarem essas decisões.<sup>712</sup>

Em função do desenvolvimento econômico das S.A., a assembleia está perdendo força, passando a sociedade a expressar vontade de um grupo de controle manipulador e não a da real maioria, dispersa e desorganizada. Essa perda da importância da assembleia geral é demonstrada pela proliferação das ações sem direito a voto, bem como pelo aumento dos poderes dos órgãos da administração.” (TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial. Teoria geral e direito societário. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 523).

<sup>708</sup> “Apesar de não ter mais a mesma importância, a assembleia geral tem competência para deliberar sobre atos mais importantes para a companhia (art. 122 da Lei 6.404/76). Vinculam-se ainda à assembleia as decisões mais relevantes do dia-a-dia da companhia.

São atos de competência privativa da assembleia geral a deliberação sobre a formação do capital social, sobre valores mobiliários, alterações do estatuto, direitos dos acionistas (inclusive suspensão), apreciação de contas e demonstrações financeiras, eleição e destituição de administradores e fiscais, destino da companhia, dissolução, pedido de autofalência ou de recuperação.” (*Idem*, p. 523).

<sup>709</sup> “O conselho de administração é um elo entre a assembleia geral e os diretores, sendo um eficiente instrumento de racionalização do funcionamento das sociedades anônimas. O conselho de administração é um órgão colegiado, de deliberação, cujas atribuições podem ser classificadas em: (a) programáticas (ex: fixação de diretrizes); (b) de fiscalização ou controle (ex: supervisão da diretoria); e (c) propriamente administrativas (ex: eleição dos diretores). Tais competências pertencem ao conselho e não aos conselheiros individualmente, mesmo que o conselheiro seja o acionista controlador.” (*Idem*, p. 534).

<sup>710</sup> “A diretoria é o órgão obrigatório das sociedades anônimas que tem por papel primordial acionar as atividades operacionais da companhia, isto é, lhe compete praticar todos os atos necessários ao regular andamento dos negócios da companhia. Nesse mister, são eles os “representantes” da companhia; eles praticam atos da sociedade anônima.” (*Idem*, p. 539).

<sup>711</sup> “Em função da supervisão que exerce sobre a diretoria, não pode haver uma coincidência entre o conselho de administração e a diretoria. Apesar disso, a lei admite que um terço dos membros do conselho de administração faça parte da diretoria, resguardando uma maioria independente para a fiscalização de supervisão da diretoria como um todo.” (*Idem*, p. 539).

<sup>712</sup> “La separación de propiedad y gestión es un fenómeno común dentro del sistema capitalista, que unida a la consiguiente descentralización de decisiones, dificulta enormemente la imputación de los delitos cometidos dentro del ámbito empresarial.

El empresario, como titular de la empresa, ejerce un control sobre la política empresarial. De ahí que, se intende llegar a él como responsable originario de los comportamientos delictivos que puedan surgir en el desarrollo de la actividad empresarial.

En una Sociedad Anónima el *status* de empresário es ostentado por el Consejo de Administración, como órgano encargado de la toma de decisiones para el gobierno, gestión y dirección de la empresa. En el caso de que no exista división de funciones, esta capacidad de organización y control, cuando el Consejo es un órgano colegial, se manifiesta a través de decisiones conjuntas.” (PÉREZ CEPEDA, 1997, p. 65).

Considerando a periodicidade com que as decisões são deliberadas, para o presente trabalho será restrito o enfoque sobre o Conselho de Administração e as Diretorias. Também não se pretende discorrer sobre eventual responsabilidade de *Conselhos Consultivos* e nem sobre o *Conselho Fiscal*.<sup>713</sup>

Sobre o Conselho de Administração, a criação do órgão é, em regra, facultativa e tem por função tornar algumas decisões mais ágeis se comparada com a periodicidade com que é possível convocar uma Assembleia. O Conselho de Administração, porém, é obrigatório nas sociedades anônimas de capital aberto, de capital autorizado e na sociedade de economia mista, conforme previsão dos artigos 138, §2º<sup>714</sup> e 239<sup>715</sup>, ambos da Lei nº 6.404/1976 (LSA).

O funcionamento do Conselho de Administração é regido pelo Estatuto Social que deverá disciplinar desde a composição até a forma de votação. Em regra, a deliberação é alcançada pela maioria de votos.<sup>716</sup> O artigo 142 da LSA prevê as atribuições do Conselho, da qual se destaca a orientação geral dos negócios da Companhia.<sup>717</sup>

---

<sup>713</sup> “O conselho fiscal é um órgão social que deve estar obrigatoriamente disciplinado pelo estatuto da sociedade, mas cujo funcionamento fica a critério do próprio estatuto, ou de requisição dos acionistas. Trata-se, pois, de um órgão obrigatório de funcionamento facultativo. Tal disciplina decorre da perda do prestígio da fiscalização orgânica feita pelo conselho fiscal, em função da ineficiência demonstrada por tal órgão.” (TOMAZETTE, 2013, p. 540).

<sup>714</sup> Artigo 138 da LSA:

“A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.

§ 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.

§ 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.”

<sup>715</sup> Artigo 239 da LSA:

“As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo.”

<sup>716</sup> Artigo 140 da LSA:

“O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembleia-geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, devendo o estatuto estabelecer:

I - o número de conselheiros, ou o máximo e mínimo permitidos, e o processo de escolha e substituição do presidente do conselho pela assembleia ou pelo próprio conselho; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

II - o modo de substituição dos conselheiros;

III - o prazo de gestão, que não poderá ser superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição;

IV - as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos, podendo o estatuto estabelecer quorum qualificado para certas deliberações, desde que especifique as matérias. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

Parágrafo único. O estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001).”

<sup>717</sup> Artigo 142 da LSA:

“Compete ao conselho de administração:

I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;

II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;

III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;

IV - convocar a assembleia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;

V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;

A Diretoria será escolhida pelo Conselho de Administração e o estatuto deverá prever as atribuições e os deveres de cada Diretor.<sup>718</sup>

Embora as Diretorias tenham por função executar ordens emitidas pelo Conselhos de Administração, é necessário averiguar, sempre no caso concreto, se a matéria foi discutida no âmbito do próprio Conselho, pois há assuntos que são tratados diretamente pela Diretoria, sem que os Conselheiros saibam.<sup>719</sup>

Podem compor o Conselho especialistas de áreas distintas, com o intuito de inibir os riscos que possam existir nas atividades empresariais.

Por outro lado, também se pode detectar posturas omissivas mesmo em órgãos colegiados. Segundo o artigo 142, III, da LSA, compete ao Conselho de Administração fiscalizar os atos da Diretoria. Da mesma forma, se um órgão de uma sociedade empresarial possuir ascendência em relação a outro órgão, terá a obrigação de fiscalizar a conduta do órgão subordinado. O comportamento omissivo, segundo Miguel Bajo Fernández e Silvina

VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;

VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição; (Vide Lei nº 12.838, de 2013)

VIII - autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

§ 1º Serão arquivadas no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 2º A escolha e a destituição do auditor independente ficará sujeita a veto, devidamente fundamentado, dos conselheiros eleitos na forma do art. 141, § 4º, se houver. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001).

<sup>718</sup> Artigo 143 da LSA:

“A Diretoria será composta por 2 (dois) ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou, se inexistente, pela assembléia-geral, devendo o estatuto estabelecer:

I - o número de diretores, ou o máximo e o mínimo permitidos;

II - o modo de sua substituição;

III - o prazo de gestão, que não será superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição;

IV - as atribuições e poderes de cada diretor.

§ 1º Os membros do conselho de administração, até o máximo de 1/3 (um terço), poderão ser eleitos para cargos de diretores.

§ 2º O estatuto pode estabelecer que determinadas decisões, de competência dos diretores, sejam tomadas em reunião da diretoria.”

<sup>719</sup> “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO

ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Os recorrentes sustentam que não são responsáveis pelos atos ilícitos praticados, uma vez que as questões fiscais estavam sujeitas à deliberação exclusiva do Conselho de Administração da Cooperativa. A Corte de origem, no entanto, após examinar a prova dos autos, firmou convicção contrária, no sentido de que as questões fiscais, objeto da ação penal, não eram discutidas pelo Conselho de Administração, mas pela Diretoria da Cooperativa, composta pelos recorrentes. 2. Como a convicção da Corte a quo está lastreada na análise das provas dos autos, inviável decidir de forma distinta sem reexaminar a prova colhida, providência que esbarra na Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ - AGAREsp nº 604371, 6ª Turma, DJE 17.12.2014, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior).

Bacigalupo Saggese, pressupõe que o órgão supervisor não tenha participado da ação, mas que não adotou medidas para reverter a execução imposta pela Direção.<sup>720</sup>

A conduta somente será comissiva quando houver deliberação do colegiado para se fazer algo em determinado sentido.<sup>721</sup> Nos Conselhos podem ser adotados acordos e ser determinado que sejam executados pela Diretoria. Essas condutas podem ter relevo penal e serem consideradas condutas comissivas.

Em resumo, os princípios que regem o funcionamento dos Conselhos de Administração, que podem ser aplicados no âmbito das Diretorias, são a colegialidade, a adoção de acordos por maioria, a identidade da posição jurídica dos Conselheiros ou Diretores e a respectiva independência.<sup>722</sup>

Considerando que tanto o Conselho de Administração quanto a Diretoria podem se compor como um órgão colegiado, serão utilizadas essas duas expressões indistintamente, ressalvando-se quando a Diretoria for apenas um órgão de execução ou de cumprimento de um Conselho.

### 5.3 Os efeitos do acordo no âmbito da decisão colegiada

Quando se delibera algo em um órgão, em regra, não há efeitos imediatos. Os acordos ilícitos, portanto, não produzem efeitos isoladamente. Revelam-se como atos preparatórios que poderão tornar as condutas puníveis.<sup>723</sup> A deliberação, segundo Ana Isabel Pérez Cepeda, não se constitui na realização de fato executivo, senão preparatório; é uma fase anterior a própria tentativa se comparada com uma conduta individual.<sup>724</sup>

<sup>720</sup> “El comportamiento omisivo presupone que no se há tenido participación en la acción de adoptar el acuerdo o en su ejecución, en cuyo caso la relevância penal vendría dada por la acción positiva.” (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Derecho penal económico, 2. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010, p. 129).

<sup>721</sup> “Adoptar acuerdos y ejecutarlos son las dos **conductas activas** que pueden tener relevância penal dentro de un Consejo de Administración de una sociedad.” (*Idem*, p. 128).

<sup>722</sup> “En concreto, los principios del funcionamiento del Consejo de administración son estos cuatro: la colegialidade; la adopción de acuerdos por mayoría; identidad de la posición jurídica de los consejeros y su independencia.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 156).

<sup>723</sup> “Quando o administrador ou administradores membros de um Conselho votam e decidem a execução por um subordinado, essa decisão não se constitui, em princípio, como uma execução, mas um ato preparatório que poderá ser tornar punível.

Teniendo en cuenta que, los administradores miembros del Consejo cuando a través de una votación deciden la ejecución por un subordinado o un miembro del mismo Consejo, dicha intervención no constituye una ejecución, sino un acto preparatorio.” (PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 107).

<sup>724</sup> “En esta constelación de casos deberá tenerse en cuenta que tomar parte en una votación no supone la realización de ningún hecho ejecutivo sino preparatório, prévio al comienzo de la tentativa, pues supone solamente la configuración de la voluntad común, correspondiente con la fase de ideación o deliberación a nível individual del sujeto.” (*Ibidem*, 1997, p. 195).

Essa dependência de um ato executório para implementação dos efeitos não é uma regra absoluta, pois casos há em que a simples deliberação pode configurar o delito.<sup>725</sup>

Na deliberação, por se determinar uma abstenção também deve se antever os seus efeitos. Se a empresa estiver na obrigação de atuar para cessar uma lesão, a deliberação pela inércia da empresa pode vir a se constituir em um ilícito.

Pode se imaginar que o Conselho de Administração tenha recebido a informação que, após lançar determinado produto no mercado, foi constatado que não havia sido divulgada informação suficiente sobre a periculosidade do produto ou que o produto é nocivo. Com essa informação surge a obrigação de a empresa tomar os procedimentos cabíveis para retirar o produto do mercado.

Em qualquer uma dessas hipóteses, que se amoldam ao artigo 64 do Código de Defesa do Consumidor<sup>726</sup>, o colegiado tem a obrigação por deliberar pela divulgação apropriada dos malefícios ou das consequências do uso inapropriado do produto, ou até mesmo pela retirada desse mesmo produto do mercado. Se for deliberado por não adotar nenhuma dessas posturas, com o término da votação, cada um que se posicionou nesse sentido estará incidindo no respectivo tipo penal.

Situação diversa ocorre se a responsabilidade a ser apurada tratar de algum crime omissivo impróprio, pois, nessa hipótese, para ocorrer a tipicidade penal dependerá que o fato previsto no tipo penal venha a ocorrer posteriormente. Nesse caso, a deliberação colegiada se limita a desenhar um delito e, mesmo com a ordem para que nada seja feito, será necessário aguardar a execução e o dano para ocorrer a consumação da tipificação penal.

As deliberações cujas determinações são um fazer dependerá da realização de outros atos por terceiras pessoas. A realização do ato por essas terceiras pessoas poderá se realizar ou não. Na hipótese de o ato não vir a ser realizado, não haverá de se falar em tentativa, pois para a existência da tentativa é necessário que exista pelo menos o início da execução. A situação é distinta se houver o início da execução por parte de terceiro, mas o ato não veio a se consumir

---

<sup>725</sup> “Se há dicho que tomar parte en una votación no es acto ejecutivo sino preparatório. La frontera entre acto preparatório impune y acto ejecutivo o comienzo de ejecución depende de cada tipo, pero parece que la simple participación en la votación es un acto preparatório, impune si se trata de delitos patrimoniales o económicos, no si se trata de un homicídio o en general delitos contra las personas.” (BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO SAGGESE, 2010, p. 132).

<sup>726</sup> Artigo 64 do CDC:

“Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.”

por circunstâncias alheias. O início da execução vincula juridicamente aqueles que emitiram a ordem nesse sentido.

Pérez Cepeda, à luz da legislação espanhola, entende que deverão ser punidos a título de coautoria mediata ou coautoria em grau de tentativa sempre que o plano tenha sido tentado por ao menos um dos intervenientes no plano delitivo. Salaria que essa circunstância deve ser aplicada para os delitos que prevejam o castigo de conspiração, embora não tenha sido realizado nenhum ato executivo.<sup>727</sup> Esse é o mesmo posicionamento de Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos.<sup>728</sup>

Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo Saggese mencionam que a votação documentada regularmente se converte em um mandado de fazer que, na estrutura complexa e de poder da empresa parece ser mais um ato de execução do que preparatório. Citam o exemplo de ordem para continuação de práticas ilegais, como é a comercialização de produtos defeituosos.<sup>729</sup>

Essa hipótese não tem previsão na legislação penal brasileira, e o simples pacto para a prática de crimes não é crime autônomo. Pode configurar, a depender da estabilidade e da permanência, a associação criminosa.

Parece apropriado mencionar que as condutas que se determinam fazer algo somente terão eficácia quando algum agente venha a tentar executá-la. Se um produto já foi lançado no mercado, ou se continua sendo lançado, a decisão de não retirar o produto de circulação mais se assemelha a decisão de um não fazer. Todavia, é importante verificar como a decisão ficou registrada na ata.

---

<sup>727</sup> “Por último, conviene precisar que, en aquellos supuestos en que el acuerdo para cometer un delito no llega a ejecutarse, por razones ajenas a la voluntad de los miembros del Consejo de Administración de la empresa, será punible la coautoría mediata o coautoría en grado de tentativa, siempre que el hecho haya sido intentado por al menos uno de los intervenientes en el plan delictivo. También en aquellos delitos de la Parte Especial que expresamente prevean el castigo de la conspiración y la proposición, la simple intervención en la adopción del acuerdo será punible aunque no se haya realizado ningún acto ejecutivo; cuando todos o alguno de los intervenientes en la adopción del mismo prevean realizar conjuntamente el hecho delictivo responderán a título de conspiración, o bien cuando el acuerdo se trata de una orden para que ejecute el hecho delictivo un subordinado, que no intervino en la adopción del mismo y que finalmente no ejecuta, responderán a título de proposición.” (PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 109).

<sup>728</sup> “En definitiva, la responsabilidad por el voto de los miembros de un Consejo de Administración de una empresa está subordinada al comienzo de los actos ejecutivos que deben realizar los subordinados. La adopción de un acuerdo delictivo por un colectivo, en la mayoría de los casos, será una conducta atípica porque la mera resolución y manifestación de cometer un delito mediante el voto sólo podrá ser punible como acto preparatorio se expresamente se encuentra tipificado en el Código Penal como conspiración.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 170).

<sup>729</sup> “Pensamos, sin embargo, que si la votación se ha documentado regularmente (con las firmas precisas y con los datos imprescindibles de fecha, lugar e identidad de las personas intervenientes) se convierte en un mandato de hacer que, en la estructura compleja y de poder de la empresa, parece ser más un acto de ejecución que preparatorio. Piénsese, por ejemplo, en orden del Consejo de continuar con las prácticas ilegales o con la comercialización del producto defectuoso, que en definitiva, daría lugar a responsabilidad por inducción.” (BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO SAGGESE, 2010, p. 132).

A decisão que determina fazer algo, como manter níveis de poluição acima do permitido, somente terá eficácia quando a produção industrial, levada a efeito pelos seus empregados, concretamente venha a lançar poluentes em desconformidade com a norma ambiental. Aplicando-se a teoria do domínio da organização, a simples emissão da ordem não acarreta o início dos atos executórios, pois até que os atos materiais venham a ser efetivados, o Conselho pode revogar a ordem anteriormente emitida.

Por outro lado, há de se observar que, muitas vezes, não se sabe exatamente os efeitos que podem acarretar com a tomada de uma decisão. Deve-se ter a cautela para diferenciar o risco empresarial da intenção dolosa.

### 5.2.1 O risco empresarial

De acordo com Luís Gracia Martín, o Direito Penal moderno, econômico, ou de empresa, é justamente aquele característico da sociedade de risco e é característica dessa sociedade a imposição de riscos em grandes dimensões, bem como a indeterminação do número de pessoas potencialmente alcançáveis.<sup>730</sup>

A imputação objetiva está atrelada ao incremento do risco.<sup>731</sup> No entanto, é necessário tomar cautela quanto a essa afirmação nas relações empresariais, pois a previsão de um dano

---

<sup>730</sup> “Um primeiro âmbito do Direito penal moderno estaria constituído por um grupo de tipos delitivos com um conteúdo de injusto relativamente homogêneo em virtude do dado comum de que em todos eles se constata a realização de condutas que representariam apenas, no máximo, um simples e mero perigo *abstrato* para bens jurídicos principalmente *individuais*. Para um setor da doutrina, este âmbito particular do Direito penal moderno seria consequência do modo político pelo qual o Estado do presente resolve afrontar os conflitos sociais característicos da dinâmica da sociedade moderna, que é compreendida e explicada como uma “sociedade de riscos.” O Direito penal moderno seria aquele próprio e característico *da* “sociedade de riscos”. O controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são vistos como tarefas que devem ser assumidas pelo Estado e este as assume efetivamente de modo relevante, e para a realização de tais objetivos o legislador recorre ao tipo *penal* de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência. Por isso, o Direito moderno, ou uma parte considerável do mesmo, é denominado “Direito penal do risco”.

Como consequência do desenvolvimento e do progresso científico e tecnológico, industrial e econômico, na sociedade moderna realiza-se uma pluralidade de atividades que gozam da propriedade comum de originar uma pluralidade de “novos” riscos, geralmente como consequências ou efeitos “secundários” não desejados, a respeito dos quais, em princípio, não se pode afirmar que sejam naturais, mas que devam ser reconhecidos como artificiais na medida em que são reconduzíveis a decisões e atividades humanas. Assim acontece, por exemplo, com atividades relativas à tecnologia atômica, à informática, à genética, à fabricação e comercialização de produtos potencialmente perigosos para a vida e a saúde, etc. Características desses novos riscos são tanto suas grandes dimensões como a indeterminação do número de pessoas potencialmente ameaçadas. Essa realidade, própria da dinâmica da sociedade moderna, permitiria compreender esta mesma sociedade como uma “sociedade de insegurança” que levaria a sociedade a uma forte demanda de segurança por parte do Estado e a que este respondesse a tal exigência com o recurso ao Direito penal mediante a criminalização de comportamentos que se desenvolvem nas novas esferas de risco.” (GRACIA MARTIN, 2005, p. 47-49).

<sup>731</sup> “A questão do risco, tão mencionada na elaboração e na constatação da própria sociedade de risco, tem um destacado papel na dogmática penal moderna desde que Roxin, na construção da teoria da imputação objetiva, passou a trabalhar com o incremento do risco.” (SILVEIRA, 2016, p. 136).

nem sempre é cognoscível aos dirigentes de uma empresa. Essa distinção também é importante para se delimitar o alcance da responsabilidade subjetiva.

### 5.3.2 A previsibilidade do ilícito e do dano

Como já frisado, o presente trabalho não trata de ações culposas, campo fértil de debates sobre o risco. Quando se fala em risco surgem zonas cinzentas nas quais beiram discussões entre a previsibilidade e a ausência de cuidado.

Nesta restrição temática, assunto não menos caloroso é a imputação do dolo eventual. Existem atividades em que o risco é inerente ao empreendimento desenvolvido e, por isso, a existência do dano não deságua necessariamente em evento criminoso.

A atividade de extração de minérios, por exemplo, tem por sua própria natureza causar dano ambiental. A atividade de assessoria de investimentos em valores mobiliários também é uma atividade que propicia riscos para o investidor e que pode levar alguém a um grande prejuízo financeiro.<sup>732</sup> Essas atividades são lícitas e eventuais prejuízos causados não são necessariamente ilícitos. O problema é a atuação fora das regras do jogo. Conforme explica Bernardo José Feijó Sánchez, a criação do risco não é mais que um ponto de partida. Nos delitos socioeconômicos, as normas extrapenais representam uma ferramenta útil para delimitar as zonas de condutas permitidas no sistema penal.<sup>733</sup>

O risco, em verdade, somente pode ser aferido no caso concreto, à luz de diversos elementos contextuais.<sup>734</sup> No caso de gestão temerária, crime previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986, o tipo em questão é muito criticado em razão da sua abertura interpretativa. A reclamação recai sobre a delegação ao juiz do conteúdo normativo da própria

<sup>732</sup> “Alguns pontos parecem importantes. Em âmbito empresarial, por exemplo, ao lado de toda estruturação ética empresarial, mostra-se bastante comum a identificação de zonas de risco, evidenciadas em esforços positivos de visualização de campos problemáticos, identificados pelas *red flags*. Note-se que, nos Estados Unidos da América do Norte, a partir do caso Enron, são encontradas menções judiciais sobre as necessárias obrigações de controle que surgem quando os administradores de forma intencional ou por falta de atenção ignoram sinais de perigo relativos à conduta de seus empregados. Pois bem, a situação de desídia em relação às *red flags* pode, muito bem, ser um indicador de incremento do risco penalmente relevante por parte do empresário, mas não só. (*Idem*, p. 136).

<sup>733</sup> La exigencia de la creación de un riesgo no es más que un punto de partida. El hecho de que alguien que desarrolle un rol económico haya creado un riesgo no significa que la conducta se encuentre ya jurídicamente desvalorada sin ulteriores valoraciones. Este aspecto es especialmente relevante en ámbitos con una abundante regulación extrapenal como los que suelen caracterizar a los delitos socioeconómicos. En estos supuestos las normas extrapenales representan un útil instrumento de ayuda como indicios para determinar el umbral de permisión de conductas de acuerdo con las valoraciones específicas del sistema jurídico-penal.” (FEIJOÓ SÁNCHEZ, 2009, p. 32).

<sup>734</sup> “Há de se ter em conta, inicialmente, que existem inúmeras definições que podem ser tidas quanto à noção de risco. Na realidade, parece certo que, para sua avaliação, poderiam ser tomados em consideração tanto elementos contextuais, como, também, valorativos. Isso se dá, uma vez que ele pode se mostrar como relativizado, conforme seja a realidade ou a percepção que se tenha em conta.” (SILVEIRA, *Op. cit.*, p. 138).

norma, situação que se entenderia como temerária. A crítica soa com menos efeito quando existem critérios normatizados que possibilitam indicar quando a conduta pode ou não ser praticada. Exemplo disso é a gestão de investimento em fundos de previdência. O limite máximo para algumas aplicações é restringido com o percentual estabelecido pela entidade fiscalizadora. Ao se arriscar em percentuais superiores ao previsto, ainda que tenha lucro, o administrador estará atuando além do risco permitido.

Portanto, não basta que exista a mera cogitação da possível ocorrência de um dano, mas que exista conexão razoável dessa previsibilidade com a conduta praticada pelo empresário.

#### **5.4 A imputação de responsabilidade penal no acordo colegiado contrário ao Direito**

Não é qualquer voto contrário ao Direito que implica a responsabilidade penal. A decisão colegiada pode infringir normas que não tenham pertinência com a infração criminal e, mesmo quando exista a tipicidade formal, é necessário não olvidar os pressupostos da responsabilidade subjetiva.

Como visto, a simples deliberação pela conduta criminosa não caracteriza, em regra, início de atos executórios. Demanda verificar se o acordo por si só incide em algum tipo penal. Em geral, para se falar em início de atos executórios, é necessário que exista a comunicação entre o órgão de comando e o órgão executor, e, após a comunicação, que o ato que venha a ser produzido seja em decorrência dessa ordem. Exige-se, então, nexos de causalidade entre aquilo que foi votado e o que foi implementado. Quando a deliberação não se constituir em ilícito penal, dependerá da execução de um ato e desse ato deve gerar um resultado danoso.<sup>735</sup>

---

<sup>735</sup> “Na tomada de decisões em órgão colegial a questão não termina com a participação na deliberação, mas existe um segundo momento: a execução da deliberação adoptada. Nestes casos, a resposta dependerá, no essencial, da relevância que a decisão do órgão assuma na estrutura do tipo.

Assim, o problema centrar-se-á, basicamente, em averiguar qual é a relevância da decisão colegial face ao grau de execução alcançado desde a perspectiva do tipo correspondente. Isto obriga-nos a distinguir duas situações: em primeiro lugar, se a adopção da deliberação em si constitui já o ilícito penal, se o crime se esgota com essa deliberação os membros do órgão são co-autores, respondendo depois cada um dos membros segundo a sua culpa. Se, porém, a deliberação não constitui por si só um crime autónomo, mas fase prévia do mesmo, e dado que é muito difícil que a tomada de decisões no âmbito da empresa constitua um acto preparatório punível, a responsabilidade penal só terá relevância quando a execução da deliberação constitua execução de um facto típico penal, isto é, só será relevante o modo como o órgão conformou a vontade do executor quando a decisão de cometer o crime se exterioriza para a sua execução. As hipóteses a considerar são a instigação e a co-autoria, nos termos já analisados anteriormente na perspectiva do órgão singular.

Anote-se, porém, que o administrador não poderá ser responsável pelo ilícito penal, produzido como consequência de uma decisão em que tenha participado se através do seu comportamento ou voto, como

A respeito da conjugação de ações entre o órgão deliberativo e o órgão executivo, Ana Isabel Pérez Cepeda oferece duas situações que podem explicar a relação entre autoria mediata e coautoria. Em uma primeira hipótese, o diretor de uma empresa e os membros do Conselho de Administração, mediante adoção de um acordo, ordenam a um subordinado a execução de um fato delitivo, o qual não toma parte da decisão original, nem mesmo do planejamento. No entanto, ainda assim decide levar a efeito a prática do crime. Na segunda hipótese, os membros do Conselho de Administração adotam um acordo para cometer um delito, cuja execução se encomenda a um membro do próprio Conselho. Nesta última hipótese, explica a jurista que a doutrina se divide em dois posicionamentos. A primeira é de que os demais membros seriam partícipes e o executor autor; na segunda, todos seriam coautores. Isso vem a ilustrar, conforme apresentado neste trabalho, que é viável se entender que, quando há um prévio ajuste para a prática delitiva, é possível se entender pela existência da coautoria, ainda que todos não tenham realizados atos executórios.<sup>736</sup>

Para compreender essas situações ilustradas por Pérez Cepeda, deve se visualizar duas formas de composição dos Conselhos. Na primeira, o Conselho é formado por um grupo de pessoas que simplesmente detém o poder político da empresa e determina o rumo dos negócios. As suas decisões são encaminhadas para Diretores que farão cumprir aquilo que foi deliberado pelo Conselho. Em uma outra forma, deve se imaginar que esse Conselho é formado em parte por Diretores Executivos, cada um responsável por determinada área da empresa. As deliberações são realizadas em conjunto e a área especializada, cujo conteúdo foi previamente discutido pelo Conselho, ficará encarregada de cumprir as ordens, sobre a gerência da execução pelo Diretor correspondente.

Uma outra questão que se mostra relevante em órgãos colegiados é saber se cada Conselheiro assume uma posição de garante em relação aos outros. Conforme mencionado no capítulo anterior, concluiu-se que o empresário é garante em relação aos seus subordinados no

---

manifestação individual da sua vontade, não tiver contribuído para a execução do facto.” (SILVA, 2009, p. 399-400).

<sup>736</sup> “Aquello supuestos, en los que el delito es cometido a través de la estructura jerárquica de una empresa y el ejecutor es plenamente responsable, pueden distinguirse dos hipótesis: la primera, el director de la empresa o los miembros del Consejo de administración a través de la adopción de un acuerdo ordenan a un subordinado la ejecución de un hecho delictivo, que no toma parte en la decisión original de realizar el hecho ni tampoco en la planificación del mismo, aunque decide llevar a cabo el encargo; la segunda, los miembros del Consejo de administración adoptan un acuerdo para cometer un delito, cuya ejecución se encomienda y asume un miembro del propio consejo, que já tomado parte en la decisión. En este último caso, la doctrina se divide a la hora de determinar la responsabilidad a título de autor o partícipe de los miembros del Consejo, que no intervinen en la ejecución del hecho delictivo. Así, según la teoría clásica objetivo formal, son responsables a título de coparticipación inductiva, mientras que, para sector doctrinal, en virtud de la regulación actual en el art. 28 CP, responden como coautores.” (PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 113).

que tange aos atos ilícitos que tenham pertinência com a criminalidade de empresa. Neste momento, demanda-se solução em relação à posição horizontal.

Na decisão proferida na Espanha, no STS 234/2010, decidiu-se que, no âmbito horizontal, não haveria deveres recíprocos de vigilância.<sup>737</sup>

Ao discorrer sobre o assunto, Jesús-Maria Silva Sánchez expressa a opinião de que no Conselho de Administração existem deveres de garantes recíprocos, mas não são de vigilância. Isso significa que, se um Conselheiro tem o conhecimento da comissão de um delito por parte de outro, pode ser responsável pela omissão do referido delito se tiver a capacidade de fazê-lo e não o evita.<sup>738</sup>

Essa solução proposta por Silva Sánchez deve ser ponderada com as circunstâncias da dinâmica do delito. Uma situação é aceitar a proposta de inserir cada Conselheiro como garante recíproco mediante a exigência do conhecimento do ilícito, a outra situação, a ser vista com mais detalhe nos tópicos a seguir, é impor essa mesma obrigação quando a deliberação pela prática de um ilícito for decidida em uma reunião.

Tendo esses parâmetros assentados, passa-se a verificar o posicionamento dos votos em órgãos colegiados.

#### 5.4.1 O posicionamento nas votações nos órgãos colegiados

Ao se discorrer sobre a votação colegiada, pode soar estranho que se vote por praticar ou não um injusto penal. De fato, da leitura sobre um caso concreto o intérprete deverá extrair o contexto da votação e o sentido dos votos. Não se delibera por deixar de tomar precauções contra o meio ambiente por simplesmente não concordar com as normas ambientais ou ser contrário à proteção da natureza. Os crimes econômicos são perpetrados justamente com o intuito de aumentar a lucratividade, fazendo com que o dano causado não seja necessariamente desejado, mas fruto de consequência colateral da ambição financeira.

---

<sup>737</sup> “Las cosas pueden suscitarse de modo distinto en el caso de los miembros del consejo de administración, como ha puesto de relieve en España la STS 234/2010, de 11 de marzo. En ella el voto mayoritario rechazó la existencia de un deber de vigilancia recíproco entre los miembros del consejo de administración de una sociedad mercantil.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Compliance y deberes de vigilancia del empresariado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Inigo (ed.). Compliance y teoría del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 94).

<sup>738</sup> “En mi opinión, pues, los miembros de un consejo de administración tienen deberes de garante recíprocos. Sin embargo, estos deberes no son de vigilancia. Ello significa que los consejeros no tienen el deber de organizar mecanismos recíprocos de vigilancia sobre las conductas que realizan unos y otros. Pero sí significa que si un consejero adquiere el conocimiento, aunque sea en términos de probabilidad, de la comisión de un delito por parte de otro, puede ser hecho responsable por omisión de dicho delito si, teniendo la capacidad de hacerlo, no lo evita.” (*Idem*, p. 97).

Delibera-se por tomar uma medida ou outra com o desiderato de aumentar os lucros ou evitar prejuízos financeiros, cuja consequência seja o ilícito penal. A relação entre o dano e o desejo consciente ou aceitação de um efeito colateral nocivo demanda uma linha lógica e coerente de causa e efeito.

A conduta do Conselheiro, então, poderá ser a de proferir um voto favorável à prática ilícita, um voto em branco, abster-se ou proferir voto contrário ao que foi decidido pela maioria. São essas as situações que serão apreciadas.

#### 5.4.1.1 O voto favorável ao fato ilícito

A circunstância de todos os integrantes de um colegiado terem deliberado pela prática de um ato ilícito revela-se menos problemática. Se todos anuíram com a conduta ilícita, a princípio, todos são responsáveis.

Mesmo com todos os agentes tendo anuído com a prática do ilícito, elucida Germano Marques da Silva que devem reger as regras gerais que regulam a intervenção de várias pessoas no crime e, com base nelas, averiguar qual foi a contribuição real de cada sujeito na execução do fato. Por isso, todos não respondem necessariamente na idêntica medida.<sup>739</sup>

É necessário discernir se cada um atuou com dolo, culpa ou em erro, mesmo em órgãos colegiados.<sup>740</sup> Essas peculiaridades podem levar a responsabilidade de uns e a irresponsabilidade de outros. Um dos Conselheiros pode ter conhecimento técnico a respeito de um produto e não repassar essa informação aos demais membros, fazendo com que estes incidam em erro.<sup>741</sup>

Entendem ainda Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo Saggese, alinhados à teoria da infração de um dever, que não haveria coautoria nesses casos, pois a

<sup>739</sup> “Quer dizer, na base de que a responsabilidade penal é estritamente pessoal, a circunstância de um crime ser praticado no âmbito de um órgão colegial não implica automaticamente o nascimento de uma responsabilidade penal para todos os membros do referido órgão. No caso em que tal responsabilidade for exigível a todos os administradores, tão pouco têm de responder todos eles necessariamente em idêntica medida. Devem reger aqui as regras gerais que regulam a intervenção de várias pessoas no crime e com base nelas averiguar qual foi a contribuição real de cada sujeito na execução do facto.” (SILVA, 2009, p. 322).

<sup>740</sup> “a) Se todos os elementos do órgão votam no mesmo sentido em princípio todos respondem, dependendo apenas da culpa de cada um, pois pode suceder que algum ou alguns actuem sem culpa ou, sendo o crime doloso, algum aja apenas com negligência. Relativamente aos membros do órgão colegial valem integralmente as regras da comparticipação (art. 29.º do CP).” (*Idem*, p. 397).

<sup>741</sup> “La votación favorable ante la **falta de información**. Existe una división de funciones, pero una administración conjunta, y algunos administradores han ocultado información verdadera y relevante sobre el acuerdo adoptado, que de haberla conocido el resto hubiera influido de forma decisiva para manifestarse en contra de dicha resolución. Partiendo del principio de confianza que debe regir las relaciones del trabajo en equipo, en opinión de TONTO, nos encontramos ante un supuesto de error (que caso de ser invencible hará penalmente irrelevante tales conductas, permaneciendo la responsabilidad civil y caso de ser vencible habrá que estudiar la naturaliza del mismo y la solución de punibilidad).” (PÉREZ CEPEDA, 1997, p. 288-289).

responsabilidade da proteção do bem jurídico seria individual, não comunicável ao outro garantidor.<sup>742</sup> Por outro lado, conforme visto ao longo deste trabalho, é possível entender pela existência de concurso de agentes, tanto para os delitos comissivos quanto para os crimes omissivos.

#### 5.4.1.2 O voto irrelevante

A forma de manifestação da vontade de cada membro durante a votação é regida de acordo com o regimento interno da empresa.

O argumento sobre o voto irrelevante pode surgir quando houver margem de votos suficientes para que, mesmo que houvesse a mudança de um deles, não acarretaria a alteração do resultado da votação.

Sobre esse assunto, advertem Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo que não resultará isento de responsabilidade criminal o dirigente que votar quando o acordo já estiver definido pela maioria.<sup>743</sup> Essa mesma concepção é adotada por Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos, para quem é irrelevante se a votação é simultânea<sup>744</sup> ou não<sup>745</sup>, pois, para ambos os casos, o excesso de votos para a prática delitativa incrementa o risco.

---

<sup>742</sup> “Las cuestiones se presentan, en primer lugar, en el supuesto más sencillo: *todos los administradores actúan conjuntamente y con conocimiento de la decisión*. En este caso se aplican las reglas generales: cada uno vulnera su propio deber, sea en forma activa, sea em forma omissiva, de manera dolosa o imprudente. No es un caso de coautoría, sino de *autoria múltiple: cada partícipe es autor de la infracción de su deber individual* (p. ej., de administrar de forma diligente, fiel y leal de acuerdo a los deberes expresados en los arts. 127 ss. LSA), sin que se requiera que haya existido una decisión y una ejecución conjunta, como en los supuestos de la coautoría de los delitos de dominio.” (BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO SAGGESE, 2010, p. 133).

<sup>743</sup> “Se trata del supuesto del Consejero que emite su voto cuando ya se han emitido todos los votos suficientes que configuran la mayoría necesaria para imponer el acto correspondiente. En tal caso es indiferente haber votado de forma afirmativa o negativa, pues los votos ya emitidos determinaban la aprobación de la decisión. En este sentido, se podría alegar que el Derecho penal sólo protege bienes jurídicos que es posible salvar, por lo que el deber de actuar para salvarlo cesa cuando cos que es posible salvar, por lo que el deber del garante consiste en intentar evitar el resultado, es decir, el perjuicio. No resulta exento de responsabilidad criminal el administrador que votara cuando el acuerdo delictivo ya há sido adoptado por mayoría suficientemente vinculante. El resultado delictivo (la fabricación del producto defectuoso) le sería igualmente imputado si cumple los três requisitos de la imputación para lo que hay que tener en cuenta que, pese a la innecesaridad e su voto, colabora en la decisión y, por tanto, su comportamiento crea o agrava el riesgo.” (*Idem*, p. 136-137).

<sup>744</sup> “Cuando la aprobación del acuerdo adoptado por la mayoría se há obtenido en una votación simultánea, independiente de cual se ala responsabilidad de los que no han apoyado el acuerdo, no hay ningún problema para imputar el resultado lesivo a todos los miembros que han votado favorablemente, pese a que hay una mayoría más que suficiente, pues todos ellos han contribuído a la creación del riesgo.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 206).

<sup>745</sup> “A nuestro juicio, también es irrelevante para determinar la responsabilidad el orden en que se emite el voto en una votación no simultánea o si hay una mayoría más que suficiente para la aprobación del acuerdo delictivo. El sentido del voto no afecta a la responsabilidad y tampoco el orden de emisión. Esto es así porque el consejero, como se há señalado anteriormente, asume una posición de garante por configuración de su organización y, por ello, es necesario para eximirle de responsabilidad criminal que impida la ejecución del acuerdo. En definitiva, es imprescindible que el consejero impugne el acuerdo contrario a Derecho.” (*Idem*, p. 208).

Embora Marín de Espinosa Ceballos esteja calcada no fundamento de que a votação não é suficiente para a exoneração do Conselheiro, há de se compreender que a imputação penal deve permanecer, mas por outro motivo. Admitir, em qualquer das duas hipóteses (seja votação simultânea ou sucessiva), a exoneração de qualquer votante levará a uma irresponsabilidade generalizada, uma vez que todos os votos possuem o mesmo peso. Não parece razoável adotar essa postura, porquanto a responsabilidade individual somente seria viável em estreitas circunstâncias, como seria no resultado obtido pela maioria de um voto, situação em que qualquer mudança poderia alterar a direção do julgamento.

Semelhante posicionamento foi apresentado por Claus Roxin ao comentar o caso do *spray* de couro. Justificou que qualquer voto que integre a maioria é responsável pelo ato cometido, sob pena de, não pensando assim, nada ser causa do resultado.<sup>746</sup>

Em regra, portanto, não haverá voto irrelevante.

#### 5.4.1.3 O voto em branco

O voto em branco, salvo disposição em contrário, é considerado uma anuência em relação ao voto majoritário. Isso significa que quem votou dessa forma está aderindo à deliberação de uma prática ilícita em razão do aumento do risco fornecido ao resultado.

Por certo o regimento interno poderá dispor que o voto em branco não significa a aderência a qualquer outra posição. Mesmo assim, tratando-se de casos em que se envolve ilicitude penal, cada componente do Conselho tem o dever de atuar de acordo com as normas. Há de se normatizar a conduta e imputar a responsabilidade a quem não votar no sentido de tutelar o bem jurídico.

---

<sup>746</sup> “El no haber votado a favor de una retirada por parte de cada uno de los miembros de la directiva fue condición para una decisión mayoritaria de la directiva en contra de la retirada. Ciertamente que una decisión mayoritaria sin el voto del correspondiente directivo, por consiguiente en otro supuesto distinto del producido, tampoco habría dado lugar a dicha retirada; pero esta otra condición suficiente para el resultado no se ha hecho realmente efectiva”. De otro modo, se llegaría al resultado absurdo de que absolutamente nadie sería causa del resultado porque cada cual podría alegar que su voto no habría cambiado para nada la decisión mayoritaria. La situación es aquí parecida a lo que ocurre en los cursos causales hipotéticos en los delitos comisivos, en donde el que ha causado el resultado no puede tampoco interpretar su causalidad suprimiéndola alegando como objeción que, de no haber sido él, otro habría podido producir el resultado”. (ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo 2. Especiales formas de aparición del delito. Traducción conjunta. Diego-Manuel Luzón Peña (dir.). Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 777-779).

#### 5.4.1.4 A ausência do dirigente na votação

Um problema que pode advir em uma reunião colegiada é a ausência de um dos membros participantes e as consequências dessa ausência. Para suprir esse problema é possível que o Conselheiro envie representante, vote por telefone ou utilize qualquer outro meio moderno de comunicação. No entanto, mesmo com a tecnologia disponível, é possível que o Conselheiro, sem qualquer justificativa, não apresente o seu voto.

Segundo o raciocínio de Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos, o simples fato de o Conselheiro estar ausente na votação não exclui sua responsabilidade, salvo se desconhecia o acordo ou a ilicitude do acordo, tanto antes quanto depois da votação. Sua justificativa é coerente com sua linha de pensamento, porquanto entende que a responsabilidade do Conselheiro não cessa com a votação. Assim, mesmo sendo vencido, deveria tomar todas as medidas possíveis no sentido de não levar a efeito o que foi deliberado.<sup>747</sup>

Pérez Cepeda, por sua vez, esboça a possibilidade de existirem duas situações distintas. Na primeira, afirma que o administrador, sabendo que uma reunião irá ocorrer para se adotar uma resolução delitativa, deliberadamente se ausenta para impedir o encontro por falta de quórum.<sup>748</sup> No outro, o agente também sabe que vai ser deliberado assunto no qual serão necessárias as imposições de medidas de proteção ao meio ambiente. Contudo, não comparece à reunião, pois sabe que, com sua ausência, não haverá o encontro por falta de quórum e assim nenhuma medida será adotada, inibindo custos para a empresa. Nesta hipótese, afirma Pérez Cepeda, o agente será responsável por omissão imprópria, pois deu causa a essa situação e deveria adotar as medidas para salvaguardar o bem jurídico protegido.<sup>749</sup>

Germano Marques da Silva entende que o Conselheiro que não comparece à votação poderá ser responsabilizado, desde que seu voto fosse fundamental para reversão da medida.

---

<sup>747</sup> “A nuestro juicio, la falta de asistencia a la sesión donde se decide un acuerdo constitutivo de un delito, sea o no justificada, no será suficiente para exonerar al Consejero de responsabilidad criminal, pues es preciso, además, que desconozca la existencia del acuerdo, tanto en el momento anterior a la reunión como posterior.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 212).

<sup>748</sup> “a) El administrador sabe que en una reunión va adoptarse una decisión delictiva y para impedir la misma por falta de quórum, no asiste la reunión. Resulta evidente, que en este supuesto, no hay nada que pueda imputarse al administrador ausente, sino que, lo único que cabe es felicitarle ppor no haberse conformado con votar en contra sino que ha puesto su barrera para contener el riesgo.” (PÉREZ CEPEDA, 1997, p. 310).

<sup>749</sup> “b) El administrador, sabedor de que en una sesión del Consejo se va adoptar un acuerdo en el que se decide tomar las medidas necesarias para protección del medio ambiente, decide no asistir para que una falta de quórum impida por el momento la adopción de estas medidas, porque son demasiado costosas para la empresa en crisis. En este caso, su conducta omissiva puede ser imputada en comisión por omisión, porque conociendo el riesgo de que la empresa lesione el medio ambiente, asume el compromiso de salvaguardar este bien jurídico y, sin embargo, con su omisión impide adoptar las medidas aseguradoras.” (*Idem*, p. 311).

Afirma que sem a sua presença não formaria o quórum necessário. A abstenção então, teria o significado de aceitação da decisão majoritária, seja ela qual for. Segundo o jurista português, a abstenção equivale sempre a adesão voluntária à deliberação que fizer vencimento.<sup>750</sup>

Dessa situação se pode vislumbrar algumas vertentes.

O simples fato de o Conselheiro não ter podido votar em uma determinada reunião não impede que posteriormente possa vir a manifestar sua vontade. Se as regras do jogo forem suficientemente claras no sentido de que a manifestação de vontade se encerra em determinada reunião, a ausência justificada ou injustificada não tem o condão de deduzir a inclinação do voto em qualquer sentido. Não há presunção jurídica sobre a intenção de voto.

Por outro lado, assim, como no voto em branco, é necessário saber o significado e o efeito da ausência da votação.

Se a votação não levou a qualquer prática de ilícito penal pela empresa, é irrelevante o voto do Conselheiro ausente. Ausentar-se da votação não demonstra a inclinação para um sentido ou outro da deliberação, mas deve se verificar os efeitos da ausência, conforme explanado por Pérez Cepeda.

---

<sup>750</sup> “b) As hipóteses complicam-se na prática quando algum membro vota contra ou se abstém, mas os votos a favor são suficientes para formar a maioria exigida para a tomada da decisão.

Como vimos já, na esfera mercantil existe responsabilidade solidária de todos os membros do órgão colegial pelos danos causados à sociedade por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, exceptuando-se os administradores que não tenham participado ou tenham votado vencidos, tratando-se de danos resultantes de uma deliberação colegial (arts. 72.º e 73.º do CSC) e também os administradores que não tenham exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estavam em condições de o exercer, respondem solidariamente, pelos actos a que poderiam ter-se oposto (art. 72.º, nº 4, do CSC). Parece-nos que no âmbito criminal a imputação aos membros do órgão não se afasta da solução quanto à responsabilidade civil consagrada no Código das Sociedades Comerciais. Assim, em princípio, apenas os que votaram favoravelmente no sentido em que se formou a maioria são responsáveis pelo facto. Os votantes contra não manifestam vontade criminosa.

As soluções complicam-se quando o voto ainda que contrário à da decisão que fez vencimento era essencial para a validade da decisão. Suponhamos que sem a participação na deliberação daquele que vota contra não se formava o quórum necessário. Não deverá considerar-se que neste caso o membro do órgão actua pelo menos como cúmplice? Julgamos que não. Ao participar na deliberação, o membro do órgão cumpre o seu dever, mas não pode ser responsabilizado pela deliberação se vota contra, pois que, votando contra, não manifesta vontade criminosa.

A solução já será outra, ao que nos parece, se o membro do órgão tinha o direito de oposição conferido por lei e não o exerceu, podendo, viabilizar desse modo a deliberação criminosa. Com efeito, neste caso, o agente aceita a deliberação majoritária, pois só a sua omissão a torna viável. A deliberação majoritária só é viável porque aquele membro com a abstenção do seu poder de oposição a torna possível. Não cumpre o seu dever.

Pensamos que solução semelhante, de responsabilização, é a do que membro que abstém, na deliberação, viabilizando a decisão majoritária, pois sem a sua presença e abstenção não formaria o quórum necessário. A abstenção parece ter aqui o significado de aceitação da decisão majoritária, seja ela qual for. Pensamos, aliás, que a abstenção equivale sempre a adesão voluntária à deliberação que fizer vencimento.” (SILVA, 2009, p. 397-399).

#### 5.4.1.5 O voto contrário à prática ilícita

No último cenário a ser apresentado, o foco de análise gira em torno dos votos dissidentes; aqueles que optaram por não praticar o ato delitivo.

Considerando que a votação colegiada reflete a conduta da empresa, que essa votação é decidida pela maioria e que, dessa forma, obriga o respeito pela minoria, deve se verificar esse fenômeno na seara criminal.

Para Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo a oposição ao acordo é suficiente, a princípio, para exonerar o dissidente, pois não estará aumentando o risco. No entanto, ressaltam que nos órgãos colegiados os acordos são vinculantes, razão pela qual a omissão é relevante se nada fazem para evitar o resultado.<sup>751</sup>

Marín de Espinosa Ceballos entende que o Conselheiro possui posição de garante, e por isso, se exige algo mais do membro do colegiado. Além de votar contra a prática do ilícito, seria necessário que o Conselheiro impedisse a execução do acordo. Justifica que a previsão legal para evitar a execução é a impugnação.<sup>752</sup>

Germano Marques da Silva, sob à luz da legislação portuguesa, afirma que os administradores que não tenham exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estavam em condições de o exercer, respondem solidariamente pelos atos que poderiam ter se opostos.<sup>753</sup> Afirma também que cada administrador deve fazer tudo quanto lhe seja possível

---

<sup>751</sup> “La oposición al acuerdo es suficiente para exonerar al administrador mientras no origine o aumente el riesgo (lo que ocurre con los acuerdos vinculantes) o no posea la posibilidad de evitar el resultado, caso en el que sería necesario realizar la acción salvadora esperada para quedar exento de responsabilidad.

En la medida en que la teoría de la imputación objetiva, generalmente admitida hoy por la jurisprudencia, exige la creación o elevación del riesgo y su concreción en el resultado, al administrador que votara en contra o se abstuviera, sólo podría imputársele el resultado si con su actitud colaborara a la creación o elevación del riesgo. Debe concurrir, además, el requisito de concreción de tal riesgo en el resultado y la posibilidad de evitarlo. Para salvar la responsabilidad civil le bastará con votar en contra (arts. 133 LSA) y, según en que casos también, deberá impugnar el acuerdo (art. 115 LSA). Pero, la responsabilidad penal la obviará únicamente si se incumple uno de los tres requisitos: posibilidad de evitar el resultado delictivo, creación o agravación del riesgo y concreción de éste en el resultado. El administrador disidente normalmente no crea ningún riesgo con su abstención, salvo en los casos de órganos colegiados en los que los acuerdos son vinculantes, por lo que su omisión es relevante si no hace nada para evitar el resultado, pudiendo hacerlo.” (BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO SAGGESE, 2010, p. 132-133).

<sup>752</sup> “De ahí, que el miembro del Consejo de Administración que no apoyó con su voto el acuerdo contrario a Derecho no puede quedar exento de responsabilidad criminal por el mero hecho de emitir un voto en contra o por abstenerse. Para quedar exento de responsabilidad es necesario algo más. En concreto, que se oponga y que impida la ejecución del acuerdo. La manera legalmente prevista para evitar la ejecución del acuerdo es su impugnation.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 175).

<sup>753</sup> “Na esfera mercantil existe responsabilidade solidária de todos os membros do órgão colegial pelos danos causados à sociedade por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, exceptuando-se os administradores que não tenham participado ou tenham votado vencidos, tratando-se de danos resultantes de uma deliberação colegial (arts. 72º e 73º do CSC). Também os administradores que não tenham exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estava em condições de o exercer, respondem solidariamente pelos actos a que poderiam ter-se oposto (art. 72.º, n.º 4).” (SILVA, 2009, p. 320).

para impedir a comissão do crime, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto, inclusive os administradores não executivos quando tenham conhecimento de iniciativas criminosas dos administradores executivos.<sup>754</sup>

Por certo, com esse posicionamento haverá uma superproteção do bem jurídico, contudo, tamanha exigência não tem respaldo nas normas jurídicas criminais.

Dessarte, o Direito Civil, por si só, não é instrumento de imposição de garantia. Bernd Schünemann traz importantes reflexões ao analisar o caso do *spray* de couro julgado pelo Superior Tribunal Federal alemão (BGH). Entre as críticas lançadas, mencionou sobre uma questão que não teria sido apreciada pelo julgado. Trata-se do equivocado pensamento de trasladar postulados cíveis para questões criminais.<sup>755</sup>

---

<sup>754</sup> “<<O princípio de direcção conjunta serve os interesses da sociedade e dos seus sócios, pretende garantir uma maior segurança e correcção das medidas de gestão, mas quando for clara a medida a tomar para evitar a lesão do bem jurídico, o interesse da gestão conjunta cede perante o interesse prevalente de evitar a lesão.>> A questão que ora se põe é o das condições em que o administrador dissidente responde também pela prática do crime, já não por ter participado ou não na decisão colegial, mas por não ter impedido a execução.

Com efeito, como vimos anteriormente, administrador dissidente não pode, em regra, incorrer em responsabilidade por acção, mas pode ser chamado a responder por omissão: por não ter impedido a comissão do crime por parte dos outros administradores.

A responsabilidade por omissão do administrador dissidente pressupõe, porém, que sobre ele incida um dever jurídico de agir cujo conteúdo consista em impedir a comissão do facto ilícito. Entendemos que esse dever existe em termos em tudo semelhantes aos do administrador relativamente aos actos dos colaboradores da empresa submetidos à sua autoridade. O dever de garante não impende só sobre o órgão ou órgãos de administração da empresa, mas também sobre cada um dos administradores.

Com efeito, os deveres de garante dos administradores não se lhe impõem apenas quando actuam em conjunto, colegialmente, são deveres do órgão e sendo do órgão são de cada um dos administradores que tudo devem fazer para que o órgão cumpra os seus deveres de garante. Cada administrador deve fazer tudo quanto lhe seja possível para impedir a comissão do crime, tendo em conta todas as circunstâncias do caso concreto.

Importa ainda referir que esta questão, de eventual responsabilidade por omissão pelo não impedimento do ilícito, põe-se também para os administradores não executivos, mesmo que a administração seja estruturada sob o esquema da delegação. Quando os administradores não executivos tenham conhecimento de iniciativas criminosas dos administradores executivos têm o dever de fazer quanto puderem para impedir a execução. Excluimos o dever de denúncia, porque esse dever só existe quando imposto por lei e não é o caso. Acresce que o dever de denúncia só ocorrerá quando o crime estiver executado ou em execução não sendo, em regra, adequado a impedir a sua concretização.” (SILVA, 2009, p. 401-403).

<sup>755</sup> “No puedo extenderme aquí más y, por eso, quisiera en lugar de eso referirme a la cuestión mucho más importante, que no ha sido tratada en la sentencia del *spray* de cuero, de si también *fuera* de los propios departamento y fuera de la consideración de los deberes de garante del Consejo de dirección, existen éstos también en cada miembro del Consejo de dirección para controlar la dirección de la empresa y a los compañeros de su propio departamento. Los deberes juridico-civiles se afirman de esa manera unánimemente en la bibliografía sobre la responsabilidad jurídica y el Derecho de sociedades, porque una distribución del ámbito del negocio entre varios administradores o miembros de la Junta directiva, sin que exista influencia en la responsabilidad de todos y cada uno por la gestión completa de la empresa, se indica además en el Derecho de sociedades anónimas a tenor de lo dispuesto en el artículo 77 AktG (en la Ley de sociedades anónimas) que consigna el principio de la competencia de la gestión completa del negocio. De acuerdo con la interpretación mayoritaria, esto debe regir también en el Derecho penal; pero en esta opinión se encuentra nuevamente una recepción errónea del pensamiento civil, por lo cual el Tribunal Supremo Federal en la sentencia del *spray* de cuero ha expresado con razón claras reservas y ha dejado finalmente abierta - como ya observé - la cuestión. El deber de control jurídico de la sociedad por los miembros de la Junta directiva existe, en primer lugar, sólo frente a la sociedad y, con eso, finalmente frente a los socios; y es totalmente improductivo en esta dimensión para la posición penal de garante, para la protección del medio ambiente y para la seguridad técnica en interés de la generalidad.” (SCHÜNEMANN, 2002, p. 145-146).

A primeira afirmação que deve ser feita é que o membro da administração que não anuiu com o delito não está aumentando o risco não permitido em face do bem jurídico tutelado. O que se argumenta, para imputar a responsabilidade desse dissidente, é a responsabilidade por omissão, pois comissão não existiu. Disso surge a questão sobre a posição de garante em relação aos demais agentes que estão no mesmo patamar hierárquico.

Relembrando o julgado STS 234/2010 na Espanha, entendeu o Tribunal Superior que inexistiria dever de vigilância recíproco entre os membros do Conselho de Administração de uma sociedade mercantil. Silva Sánchez, por sua vez, diz que os membros do Conselho possuem deveres garantidos recíprocos, que não se confundem com o dever de vigilância. Entende que, se o Conselheiro souber, ainda que em termos prováveis sobre o caráter ilícito da conduta de outro dirigente, pode ser responsável pela omissão do referido delito.<sup>756</sup>

Contudo, o posicionamento de Silva Sánchez deve ser visto com certa dose de compreensão. A extensão da posição de garantia não pode abranger as decisões colegiadas.

Não se vislumbra como a decisão de um único membro possa aparecer válida perante toda a empresa, uma vez que a legitimidade paira sobre o Conselho. Sendo assim, caberia a quem reclamar? Pode-se argumentar que seria a um órgão público. No entanto, o simples fato de comunicar o ilícito não significa ter poderes para reverter o ilícito. Em algumas hipóteses, diante da realidade dos fatos, pode surtir o efeito desejado pela norma, mas levar a efeito essa proposição parece um alargamento do Direito Civil sobre o Direito Penal. Há dificuldade teórica para imputar a responsabilidade do emissor do voto divergente como garante. A posição de garante, no seio empresarial, deve ser direcionada para aqueles que, de uma forma ou de outra, possuam ascendência sobre a conduta de outrem. Parece se olvidar, nessa ânsia punitiva, que a responsabilidade pelos atos ilícitos é de outros agentes, plenamente responsáveis, e com idêntico poder de mando.

---

<sup>756</sup> “En todo caso, lo decisivo es que el sujeto, mediante su integración en el Consejo de Administración (acto de Asunción), assume un contenido de deber institucional en parte cerrado y en parte abierto a las circunstancias (que pueden dar lugar a la producción de un acto defectuoso ajeno). No es el conocimiento el que genera el deber, sino que el deber preexiste (y hay que determinar su contenido) y el conocimiento del acto defectuoso ajeno permite la imputación de su infracción. Ahora bien, debe quedar claro, por un lado, que no se trata de un deber de garante de vigilancia: es decir, que no hay un deber de organizar el modo de adquirir el conocimiento sobre lo que hacen los demás consejeros. Y, por otro lado, que el acto delictivo de uno de los consejeros puede aparecer - en la representación de los demás - con muy distintos grados de intensidad: si se trata de un delito doloso, únicamente un conocimiento seguro o probable podrá fundamentar la imputación de responsabilidad omisiva por infracción del deber de evitar el hecho delictivo ajeno. En mi opinión, pues, los miembros de un Consejo de Administración tienen deberes de garante recíprocos. Sin embargo, estos deberes no son de vigilancia. Ello significa que los consejeros no tienen el deber de organizar mecanismos recíprocos de vigilancia sobre las conductas que realizan unos y otros. Pero sí significa que, si un consejero adquiere el conocimiento, aunque sea en términos de probabilidad, de la comisión de un delito por parte de otro, puede ser hecho responsable por omisión de dicho delito si, teniendo la capacidad de hacerlo, no lo evita.” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 187-188).

Quando se afirma que alguém é garante de outrem isso decorre da norma e da natureza das coisas. Não é da natureza na relação de horizontalidade nos âmbitos empresariais um agente ter preponderância sobre o outro. Na linha do pensamento de Pérez Cepeda, ninguém será responsabilizado por conduta alheia no seio de um órgão colegiado.<sup>757</sup>

Evidentemente que nessas conclusões não se inclui a simulação, a fraude, acordos espúrios que sejam realizados no sentido de esconder a real intenção do voto.

Embora o voto majoritário vincule a empresa, não tem o condão de alterar a conduta de cada um dos Conselheiros. Contudo, há um cenário que deve ser observado que se traduz na verificação da conduta posterior da pessoa que emitiu o voto minoritário.<sup>758</sup> Trata-se de situação na qual os diretores fazem parte do Conselho de Administração e eles próprios executam o que foi deliberado entre si. Nessa hipótese, caso o agente executor, votante dissidente, venha a realizar o fato conforme determinado pelo Conselho estará anuindo com a vontade ilícita e deverá ser responsabilizado como coautor. Portanto, a isenção de responsabilidade somente ocorre quando, sem qualquer simulação, o votante manifeste contrariedade à prática ilícita e não participe na ação do que foi previamente deliberado.

No âmbito da legalidade, imputar a qualidade de garante ao voto dissidente acarretaria o grave problema de se amoldar ao artigo 13 do Código Penal.

Com as ponderações de Renato de Mello Jorge Silveira, a respeito da responsabilidade por omissão do agente que votou contrário à prática ilícita, deve se evitar a punição que possa acarretar efeitos reversos ao desejado.<sup>759</sup>

---

<sup>757</sup> “En concreto, podemos afirmar que ningún administrador será castigado por un hecho contrario a Derecho ajeno cometido por otro u otros administradores, aunque haya participado en la deliberación y posterior votación de un acuerdo ilícito, cuando a través de su comportamiento o voto, como manifestación individual de su voluntad, no há contribuído a la adopción del mismo. Ahora bien, para llegar a esta conclusión, nos hemos visto en la necesidad de profundizar en las três categorías del injusto (omisión, imputación objetiva, autoría y participación) en las que mediante una configuración extensiva y desproporcionada puede tener vigencia el principio de solidaridad.” (PÉREZ CEPEDA, 1997, p. 20).

<sup>758</sup> “De ahí que lo que le interesa al Derecho Penal no es participar en el proceso de formación de la voluntad sino la actitud posterior al acuerdo contrario a Derecho del miembro del Consejo de Administración. Dicho de otra manera, los actos que exteriorice el consejero que manifestó estar en contra el acuerdo. De este modo se valoran los actos externos del miembro del Consejo de Administración pues si manifiesta mediante el voto su oposición a la propuesta, pero su actitud y comportamiento posterior - en el momento de ejecución - es de adhesión y conformidad con lo decidido por la mayoría, ese voto en contra o esa abstención no puede tener ninguna trascendencia jurídica. Por consiguiente, lo importante para imputar un resultado lesivo no es sólo la participación en la formación de la voluntad sino y, principalmente, la exteriorización de esa voluntad con actos concluyentes de oposición al acuerdo contrario a Derecho.” (MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, 2002, p. 174).

<sup>759</sup> “A constatação de um Direito Penal alargado, que pode ser do agrado de alguns que entendem ou que a função do Estado é justamente essa, ou que é assim que se garantiria uma utópica paz social, peca em diversos pontos. Embora seja verdade que isso torna aparentemente mais fácil a aplicação do Direito Penal, pode, entretanto, gerar como efeito reverso, um fenômeno similar ao de um buraco negro penal. Recorde-se que os buracos negros, segundo a física, são resultados de deformações no espaço-tempo, nos quais até mesmo a luz é sugada ao seu interior. Pois bem, a expressão pode ser empregada ao Direito Penal na medida em que a

O objetivo do Direito Penal é trazer a paz social. Ao se direcionar a repressão penal para aquelas pessoas que não anuíram com a prática penal em um órgão colegiado, e muito menos colaboraram com a execução do fato, fará com que essas mesmas pessoas adotem postura que causará a desavença social e prejuízo pessoal sem que tenham dado causa.

Eventuais desastres ambientais, como o mencionado neste trabalho, despertarão a justa necessidade de repressão, mas o direcionamento da persecução penal deve ser posicionado contra aqueles que efetivamente causaram o dano. A raiz do problema é que a mesma base teórica para casos de grande repercussão também será aplicada para os casos que, embora tenha relevo penal, não geram comoção social.

Por essas razões, soa prudente não criminalizar condutas que não se possam fornecer a devida justificação. Pondera-se que, com base em casos similares, o legislador possa normatizar a conduta, no sentido de determinar que o dissidente tenha o dever de comunicar o ato ilícito. Por certo que isso poderá causar transtornos internos nos órgãos colegiados, mas isso é uma questão de política criminal que deverá ser refletida.

Todos os comentários realizados acima dizem respeito a um conglomerado de pessoas que se reúnem, deliberam sobre um assunto e transmitem o cumprimento dessa ordem a outro órgão. Para submeter esses posicionamentos a testes, dois exemplos podem ser fornecidos.

#### 5.5.2 Análise da responsabilidade individual no órgão colegiado em dois exemplos

Apresentadas as propostas de soluções sobre o comportamento individual em um órgão colegiado, convém propor a resolução de duas situações hipotéticas.

Em uma primeira narrativa haverá a apresentação de uma ordem emitida pelo Conselho Deliberativo e na outra haverá uma omissão por parte de outro Conselho. Para tanto, serão utilizados exemplos mencionados no primeiro capítulo, ressaltando que os fatos reais apenas são tomados de empréstimo, com versão fictícia para melhor elucidar a questão.

##### 5.4.2.1 A deliberação pela comissão de um delito

No primeiro exemplo, Conselheiros de determinada empresa automobilística se reúnem para deliberar sobre fraude a testes de poluição que são realizados por fiscais

---

utilização de um instituto, como o da omissão, pode gerar a opção de desenfreado apelo de simples não cumprimento de dever especial de cuidado. Caso não se tenha em mente as particularidades hoje postas em relação a isso, ou se gerará condenações ilegítimas ou se terá impunidades marcantes.” (SILVEIRA, 2016, p. 110).

ambientais. Essa ideia surgiu após conversas com um dos engenheiros-chefes da multinacional que, em conversas informais com um dos diretores, aventou a possibilidade de se utilizar um *software* que o próprio empregado poderia desenvolver. Com isso, a informação de que seria possível burlar o sistema de fiscalização mediante uma tecnologia que o próprio engenheiro desenvolveu foi repassada aos demais dirigentes.

Em razão da competitividade do mercado, os Conselheiros têm ciência das exigências do público. No caso, o público de determinado país tem preferência por carros mais potentes, mas, ao mesmo tempo, existem campanhas ambientais para redução da poluição, fazendo com que esse mesmo público também sinta atração por empresas que produzam veículos menos poluentes.

Com o objetivo de se manter competitivo no mercado e manter o faturamento pujante, em determinada reunião ficou deliberado, por maioria, que a empresa levaria o projeto adiante, ou seja, seria determinado que se utilizasse o aparelho que possibilitaria a fraude à fiscalização. Essa ordem foi retransmitida a todas as montadoras, sem que se explicasse com maiores detalhes sobre o equipamento a ser instalado.

Embora tenha sido deliberado pela instalação do equipamento fraudulento, nem todos concordaram com essa conduta. Apenas três conselheiros votaram pela instalação do inibidor de poluentes para testes, enquanto outros dois Conselheiros votaram pela não implementação da medida. Outro Conselheiro votou em branco.

Tendo em vista esse exemplo, e conforme visto ao longo deste capítulo, se os Conselheiros que votaram a favor da prática ilícita conheciam que o dispositivo era fraudulento, deverão responder pelo ilícito penal correspondente, conforme estiver tipificado na legislação ambiental ou na legislação da relação de consumo.

Os dirigentes que votaram pela não implementação da medida não deverão ser responsabilizados porque não aumentaram o risco ao bem jurídico tutelado. No entanto, não deverão prestar qualquer tipo de auxílio à implementação da medida deliberada pelo colegiado. Assim, se um dos Conselheiros também for dirigente da linha de montagem, deverá se abster de impulsionar a ordem.

Com relação ao Conselheiro que votou em branco, ao dispor do voto dessa forma, anuiu com a posição majoritária, motivo pelo qual deve responder em conjunto com os demais dirigentes que deliberaram pela prática delitativa.

#### 5.4.2.2 A deliberação pela omissão e a ocorrência de um dano

No segundo caso, a Diretoria de uma sociedade empresarial, cujo objeto social é a extração de minérios, é alertada por técnicos, que realizavam vistoria nas barragens de resíduos de propriedade da empresa, de que existiriam rachaduras. No entanto, tendo em vista os custos da manutenção, resolvem deliberar por não efetuar reforço exigido. Como consequência dessa conduta, houve o rompimento da barragem que provocou uma enxurrada de lama que devastou o bairro de uma cidade. Após a produção de provas, constatou-se que dos 5 (cinco) membros da Diretoria, somente dois haviam votado para despende custos e atender o que havia sido notificado pelos agentes ambientais. Um dos membros não havia comparecido à reunião, sem qualquer justificativa.

Conforme visto no exemplo anterior, os Conselheiros que não votaram pelo reforço da barragem deverão ser responsabilizados, situação diversa dos demais que votaram a favor com a manutenção exigida pelo órgão ambiental.

Quanto ao Conselheiro que não votou, deverão ser averiguadas as situações do caso concreto, desde o fato de saber se seu voto poderia ser computado posteriormente, com o fim de inibir a prática delitativa, até saber os motivos pelos quais não pode comparecer. Caso simplesmente não tenha comparecido, sabendo dos propósitos da reunião, também deverá responder penalmente, porquanto seu voto mudaria os rumos da decisão.

### 5.5 Reflexos na dosimetria diante da distinção entre autoria e participação nos delitos empresariais

A análise da autoria e da participação, tanto no âmbito da relação hierárquica quanto na relação horizontal, não deve ter como propósito somente o puro debate acadêmico. A distinção entre essas duas espécies de responsabilidade, embora nem sempre tenha efeitos concretos, deve ser norteadas por uma política criminal consentânea com a individualização da pena.

Não é de se olvidar que a teoria do domínio do fato se relaciona com o tipo de injusto. Contudo, relegar essa distinção sem qualquer pretensão no grau de reprovação ou no merecimento de pena dos intervenientes<sup>760</sup> somente é consentâneo com o sistema unitário.

---

<sup>760</sup> “A teoria do domínio do fato distingue autor de partícipe no plano do tipo, e não no grau de reprovação ou no merecimento de pena dos intervenientes. Chegou-se mesmo a afirmar: <<O critério que, agora mais nitidamente, preside à configuração das circunstâncias do concurso de pessoas, que agravam a pena, é o *domínio do fato*>> e também que: <<Maior, todavia, a culpabilidade, quanto maior for o domínio do fato (...)>>. Por essa razão, a

Para tentar seguir um raciocínio coerente, em hipotética distinção entre autor e partícipe, é necessário responder ao questionamento se é necessário existir diferença entre autor e partícipe.

Nelson Hungria entendia que não deveria existir distinção entre autoria e participação. Embora as raízes causalistas possam seduzir pela sua simplicidade, o fato é que tratar condutas distintas com a mesma pena, dentro de parâmetros objetivos, revela-se muitas vezes injusto. A culpabilidade, independentemente de estar positivada, é um princípio norteador do Direito Penal.

A culpabilidade é um princípio que deve ser levado em consideração ao se julgar casos que envolvem não só uma pessoa. Tem como efeito replicar juízo de proporcionalidade que deve existir entre comparação de condutas, campo de incidência no concurso de agentes. No concurso de agentes a justiça da pena aplicada é sentida não somente em relação à razoável aplicação da pena em relação ao próprio agente que cometeu o delito, mas também em relação à comparação que se faz com a pena aplicada ao infrator que agiu em conluio.

A diferença no aspecto ontológico entre autor e partícipe deve residir na consideração de quem detém a maior ou menor responsabilidade no agir delitivo. A par disso, como visto no segundo capítulo, a pena a ser aplicada ao partícipe, em algumas ocasiões, pode ser maior que a aplicada ao autor, desde que leve em consideração circunstâncias subjetivas.

Em concreto, a aplicação da pena é fortemente afetada pelos critérios delineados pelo legislador e a relevância em distinguir autoria e participação pode perder efeito conforme for o sistema de dosimetria adotado.

Como visto no decorrer deste trabalho, a distinção entre autoria e participação pode ocorrer tanto em virtude de opção do legislador quanto por critérios valorativos declarados pelo juiz.

Embora o legislador possa fazer distinção conceitual entre essas duas figuras, caso não tenha reflexo concreto na aplicação da pena, a importância do assunto não superará o elevado debate sobre a etimologia do significado da responsabilidade penal.

A acessoriedade da conduta, embora seja ponto essencial na participação, também é aplicável às condutas de autores em delitos empresariais. Sendo assim, a conduta de um autor muitas vezes depende do início da execução do delito por parte de outrem, fazendo com que a

---

título de exemplo, o <<induzimento>> não poderia estar ao lado do <<comando>>. Essa interpretação inicial, precursora em nosso direito, embora correta se bem compreendida, talvez induza ao equívoco de que a distinção entre autor e partícipe só seja relevante para a medição de pena. Quem empresta a arma pratica injusto menor do que aquele que dispara mortalmente com as próprias mãos e, por isso, o segundo merece maior pena. É preciso separar o <<grau de culpabilidade>>, o <<o merecimento de pena>>, da teoria do domínio do fato: aquelas duas considerações são apenas influenciadas por esta.” (LEITE, 2014, p. 137).

acessoriedade da conduta não seja a razão de ser da distinção entre autoria e participação, e sim a possibilidade de atenuação da pena.

Em verdade, ainda que exista certa distinção conceitual na participação dos intervenientes do delito, existirá realmente sistema unitário quando o legislador programar a sistemática da dosimetria de forma a não criar nenhuma distinção objetiva entre os participantes. Em outros dizeres, se não houver possibilidade de redução de pena para o partícipe, ainda que em algum dispositivo exista a informação de que há autor e partícipe, o sistema realmente será unitário.

Como também afirmado nos capítulos antecedentes, a figura do partícipe é extraída da comparação entre condutas referentes a um mesmo fato. Sobre a previsão e a regulamentação de condutas, o legislador pode, normativamente, determinar que, sob alguns aspectos, elas sejam equiparadas ou não. Mas, dependendo do sistema, como é o caso do brasileiro, a distinção entre partícipe e autor pode ser reconhecida com efeitos práticos.

Para interpretar o sistema nacional como dualista e formular uma proposta que se faça compatível com o sistema adotado pelo legislador, algumas considerações devem ser feitas.

Seguindo a linha proposta por Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú, é possível visualizar uma escala de intensidade na participação que pode ser dividida em coautoria, participação maior, participação média, participação menor e ausência de relevância.<sup>761</sup>

Partindo dessas premissas, verifica-se que o legislador brasileiro menciona expressamente a possibilidade de atenuar a pena pela participação de menor importância, razão pela qual também podem ser vislumbradas participações que não são de menor importância.

Com efeito, é necessário rememorar que a redação do artigo 29 do Código Penal, apesar de ter origem no sistema causalista, não impõe que a sua interpretação assim o permaneça. Se partir do pressuposto que a legislação brasileira adotou as figuras do autor, do partícipe e do partícipe de menor importância, somente este teria a pena diminuída com base no artigo 29, §1º, do Código Penal. No entanto, embora não exista previsão expressa para diminuição da pena para o partícipe, o artigo 66 do Código Penal permite que assim o juiz o faça. Essa é uma solução ofertada por Alaor Leite que elucida os artigos 29, §1º e o artigo 66,

---

<sup>761</sup> SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 380.

ambos do Código Penal, como critérios distintivos de pena<sup>762</sup>, cuja aplicação não é facultativa, mas dosada de forte subjetivismo.

A participação de menor importância, por sua vez, tem variante entre 1/6 (um sexto) e 1/3 (um terço) da pena, pressupondo que existem participações de menor importância com mais relevância e participações de menor importância com menor relevância.

Portanto, caso seja reconhecida a participação *stricto sensu*, é possível cogitar desde logo a diminuição da pena em 1/6 (um sexto), com base no artigo 66 do Código Penal. Caso essa participação seja de menor importância, poderá ser diminuída com maior intensidade, com o abatimento, na terceira fase da dosimetria, de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

Quando houver crimes menos complexos, dificilmente se vislumbrará distinção valorativa entre as condutas do partícipe e do partícipe de menor importância, mas, se houver razoável argumento, poderão ser aplicadas penas distintas. Os fatos mencionados no primeiro capítulo revelam um emaranhado de situações complexas, envolvendo diversos atores que podem, em razão da individualização da pena, revelar uma necessidade de se aumentar ou de se diminuir a pena de alguns agentes.

Voltando a análise para o topo da pirâmide empresarial, e admitindo a teoria do domínio do fato como fator de distinção entre autoria e participação, poderia ser admitido o domínio da organização (conforme proposto neste trabalho) para configurar a autoria mediata e também o domínio funcional do fato, perfectibilizando a coautoria.

Dito isso, vislumbra-se que a reprovabilidade objetiva da conduta com maior desvalor recomenda recair com mais ênfase mais sobre os órgãos responsáveis pela emissão de uma decisão do que propriamente a execução dessas ordens. Se essa afirmação for plausível e encontrar aceitação valorativa no plano de um fato concreto, ao se configurar o domínio da organização, será muito mais propenso ao julgador aplicar o artigo 62, I ou II, do Código Penal com o desiderato de aumentar a pena do autor mediato. Assim, caso se vislumbre o domínio funcional do fato, será assimilável a ideia de que ambos responderão, a princípio, com a mesma pena, não tendo distinção quanto às agravantes. A distinção entre a valoração da conduta dos coautores será mais apropriada nas circunstâncias judiciais.

Portanto, inclinando-se para o entendimento pelo sistema diferenciador, em tese, tem pertinência a verificação da teoria do domínio do fato no Direito Penal brasileiro, inclusive na órbita dos crimes empresariais.

---

<sup>762</sup> “Essa distinção encontraria, todavia, uma barreira noutra equívoco grave de nosso Código: não há redução de pena obrigatória para a participação em sentido estrito, de forma que essa distinção perderia em muito o seu sentido, sobrando apenas a possibilidade de postular uma redução (facultativa) de pena por via do art. 29, §1º (participação de menor importância) ou do art. 66 (atenuante genérica) do CP.” (LEITE, 2014, p. 138).

## 5.6 Conclusão

Os critérios fundados na competência e na imputação objetiva para a averiguação da responsabilidade penal nas organizações empresariais complexas são válidos e não possuem qualquer incompatibilidade com a teoria do domínio do fato. Essa compatibilização se depreende também pelo fato que a proposta que permeia a imputação objetiva tem mais pertinência com a identificação da responsabilidade do que a distinção das intervenções.

Nos órgãos colegiados, em que pese a decisão da maioria impulsionar a vida da sociedade empresarial, não se afasta a necessidade de analisar a conduta individual para fins de responsabilidade penal. Assim, é possível que a responsabilidade seja apontada para alguns e não para outros. A distinção de tratamento pode ser fundamentada por questões que envolvem o dolo, a culpa e o erro, bem como as distintas colaborações que podem advir tanto antes como depois da votação. Para tanto, mostra-se imprescindível também averiguar a postura de cada Conselheiro ou Diretor nos órgãos colegiados, verificando o sentido das votações.

Por fim, todos os critérios estabelecidos para distinguir autoria e participação devem ter efeito prático, que é aumentar ou diminuir a pena de forma proporcional ao delito praticado e comparativamente justo entre os agentes que atuaram em conluio em um mesmo crime.

## CONCLUSÕES

*Enron, Mensalão, Dieselgate, Mariana.* Todos esses casos, ao lado de inúmeros outros escândalos recentes, fazem jus a vivência de uma era de escândalos corporativos. Os exemplos ilustrados no início do presente trabalho retratam um pouco da dificuldade de se trabalhar com as categorias do Direito Penal Econômico e do concurso de agentes na seara empresarial.

Não obstante isso, ao longo da dissertação verificou-se que, embora essa dificuldade realmente exista, é possível construir novos aportes teóricos para buscar respostas mais eficazes aos problemas que o Direito Penal atualmente se propõe a solucionar.

Para solucionar razoavelmente tais litígios judiciais, é importante se utilizar de categorias teóricas que mais sejam consentâneas com a sociedade de risco e com as estruturas de poder que envolvem o meio corporativo.

A identificação e a etiquetagem das condutas revelam-se mais justas na medida que se possa conciliar as estruturas lógico-objetivas com de preceitos normativos adequados a essa realidade.

Dito isso, as teorias sobre o domínio, além de se compatibilizarem com o ordenamento jurídico nacional, respondem satisfatoriamente às demandas sobre a criminalidade de empresa que ocorrem nas relações hierárquicas.

O uso do domínio da ação e do domínio da vontade mediante erro e mediante coação são variantes da teoria do domínio que não apresentam empecilhos à aplicabilidade na criminalidade corporativa. Conquanto exista forte debate sobre o domínio da organização e os delitos empresariais, sugere-se, com os aportes dogmáticos e criminológicos com racionalidade própria, que sejam admitidas a existência do poder de mando na relação hierárquica empresarial e que a restrição à criminalidade econômica é suficiente para refletir a desvinculação ao Estado de Direito para criminalidade de empresa. Para configurar a predisposição para a prática delitiva pelos agentes subordinados, não é imprescindível que esses agentes sejam fungíveis, mas que, eventualmente, os empregados poderão assim ser reconhecidos a depender da estrutura da empresa e o grau de qualificação individual. Com efeito, a fungibilidade somente viria a oferecer dinâmica diversa no ambiente corporativo, mas sua ausência não inibe o reconhecimento da empresa como instrumento eficaz para a vulneração de bens jurídicos coletivos.

Assim, considerada a potencialidade lesiva dos dirigentes, estes deverão ser qualificados como autor e, dependendo do caso, será mais provável aplicar penalidade maior em razão dessa condição objetiva. O intermediário será responsável como autor ou como partícipe a depender da autonomia dos seus poderes que possuir em face dos subordinados. Quanto ao agente executor, não raras as vezes se mostra como ator secundário do evento delitivo. Contudo, como a teoria do domínio do fato ainda é fortemente influenciada pela teoria objetiva, o agente executor é considerado autor. Com isso, demanda-se, neste pormenor, maior aprofundamento teórico para que propostas de responsabilização no ambiente empresarial sejam mais consentâneas com a valoração de cada conduta.

Paralelamente a isso, caso não configurado o domínio da organização, vislumbra-se a possibilidade de se entender o concurso de agentes voltado para o domínio funcional do fato, pois para se reconhecer a coautoria a relação hierárquica por si só não inibe essa conjunção de vontades, nem mesmo coautoria é sinônimo de coexecução.

As teorias sobre o domínio também se mostram eficazes em mais outros dois segmentos.

Na modalidade omissiva, é necessário superar a simples regulamentação cível com reflexos na seara penal. Com o domínio sobre a causa relevante, exige-se que o dirigente, o qual é garante dos atos dos funcionários e dos bens e produtos da empresa, tenha ciência da conduta danosa praticada por um subordinado e que, além disso, tenha condições de evitar o dano.

As teorias do domínio também são adequadas para reger a análise das condutas praticadas nos órgãos colegiados, devendo serem separadas a responsabilidade da sociedade empresarial, que é regida pela vontade da maioria, da responsabilidade individual. Nessa quadra, quando um dirigente vota contra a proposição delitiva o agente está, na verdade, diminuindo o risco em face do bem jurídico tutelado. Por essa razão, questões cíveis que regem o colegiado não têm o condão de imputar a responsabilidade a quem não deu causa e eventuais previsões de impugnações não desnaturam o fato de que não há posição de garante recíproca em decisões colegiadas.

Por fim, a redação do Código Penal permite ampla interpretação para distinção entre autoria e participação, sobretudo nos delitos corporativos. Assim, em respeito à individualização da pena, é possível tanto aumentar a pena daquele que possui o domínio da organização quanto diminuir a pena do partícipe.

## REFERÊNCIAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel Andres. Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. Revista penal. Salamanca, n. 14, 2004.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato. São Paulo, Saraiva, 2014.
- AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder. Revista de derecho penal y criminología, Madrid, n. 3, 1999.
- \_\_\_\_\_. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder: Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Themis. Revista de Derecho. Lima, n. 37, 1998.
- \_\_\_\_\_. Sobre la “organización” en el dominio de la organización. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, n. 3, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/839.pdf>> Acesso em: 3 jan. 2017.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Derecho penal económico. 2. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BARRETO, Tobias. Estudos de Direito. Publicação póstuma. ROMÉRO, Sylvio. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores proprietários, 1892.
- BARROS, José Ourismar. Criminalidade de empresa. A responsabilidade penal dos diretores empresariais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BATISTA, Nilo. Concurso de agentes. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BELEZA, Teresa Pizarro. A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever. Titularidade *versus* domínio do facto? Revista Portuguesa de Ciência Criminal. n. 3, jul./set., Lisboa, 1992.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte geral. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOTTKE, Wilfried. Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania. Revista Penal. Salamanca, n. 4, 1999.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aplicação da teoria do domínio dos fatos na AP 470, 2013. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos n. 211, de 9 de maio de 1983. Legislação informatizada. 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>> Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto n. 847/1890. Promulga o Código Penal. Portal da legislação, [S.l.], 1890. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 21 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto n. 4.388/2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Portal da legislação, Brasília, set. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)> Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto n. 6.514/2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Portal da legislação, Brasília, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm)> Acesso em: 21 out 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei n. 2.848/1940. Código Penal. Portal da legislação, Rio de Janeiro, dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)> Acesso em: 21 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 16/1830. Manda executar o Código Criminal. Portal da legislação, [S.l.], jan. 1831. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)> Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 6.385/1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Portal da legislação, Brasília, dez. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385.htm)> Acesso em: 17 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 6.404/1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Portal da legislação, Brasília, set. 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm)> Acesso em: 25 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 7.209/1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Portal da legislação, Rio de Janeiro, dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1)> Acesso em: 21 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 7.492/1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Portal da legislação, Brasília, jun. 1986. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)> Acesso em: 17 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 8.078/1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Portal da legislação, Brasília, set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)> Acesso em: 23 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 8.137/1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Portal da legislação, Brasília, jun. 1986. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm)> Acesso em: 16 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 9.613/1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Portal da legislação, Brasília, mar. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)> Acesso em: 23 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 10.406/2002. Institui o Código Civil. Portal da legislação, Brasília, jan. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 21 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar n. 123/2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis n.º 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, da Lei n.º 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar n.º 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis n.º 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Portal da legislação, Brasília, dez. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)> Acesso em: 14 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 11.941/2009. Portal da legislação, Brasília, maio 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm)> Acesso em: 15 out 2016.

\_\_\_\_\_. Entenda o acidente de Mariana e suas consequências para o meio ambiente. Portal Brasil. Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/entenda-o-acidente-de-mariana-e-suas-consequencias-para-o-meio-ambiente>> Acesso em: 12 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470/MG - Minas Gerais. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 22 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+470%2ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+470%2EACMS%2E%29&pagina=6&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a7uoaj7>> Acesso em: 15 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>> Acesso em: 20 out. 2016.

BRITO, Teresa Quintela de. Domínio do facto, organizações complexas e autoria dos dirigentes. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). Direito penal económico e financeiro. Conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento. Coimbra: Coimbra, 2012.

CALDAS, Luís Felipe. Território e espaço em direito penal económico - Novos temas e novos azimutes. In: COSTA, José de Faria (Coord.) Temas de direito penal económico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: Hacia una perspectiva integrada. In: VILARDI, Celso Sanchez. PEREIRA; Flávia Rahal Bresser Pereira; DIAS NETO, Theodomiro (Coord.). Análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIAPETTA, Marina Santos. Entenda por que o escândalo da Volkswagen é um problema mundial de saúde pública. Disponível em: <<http://www.ecycle.com.br/component/content/article/38-no-mundo/3813-entenda-por-que-o-escandalo-da-volkswagen-e-um-problema-de-saude-publica-mundial.html>> Acesso em: 11 set. 2016.

CÓDIGO PENAL ALEMÁN. Tradutora Cláudia López Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. Disponível em: <[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_13.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf)> Acesso em: 2 nov. 2016.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Contexto e conceito para o direito penal económico. Direito penal económico e da empresa. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Org.). Doutrinas essenciais direito penal económico. Teoria geral da tutela penal transindividual. v. 1. São Paulo: RT, 2011.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal económico. In: \_\_\_\_\_ et al. Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA, Ana Paula Paulino da. Casos de fraudes corporativas financeiras: antecedentes, recursos substantivos e simbólicos relacionados. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. 2011. 176 p. Tese (Doutorado). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2011.

COSTA, Joana Maria Rebelo Fernandes. Joint Criminal Enterprise. O problema da imputação individual do facto colectivo na jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

DEPARTMENT OF JUSTICE. The United States. Office of public affairs. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-spend-147-billion-settle-allegations-cheating-emissions-tests-and-deceiving>> Acesso em: 11 set. 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: Parte geral: Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: CORREIA, Eduardo et al. Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. In: PODVAL, Roberto (Org.). Temas de direito penal económico. São Paulo: RT, 2000.

DÓPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: uma aproximación tópica. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente (Coord.). Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. A imputação penal dos dirigentes de estruturas organizadas de poder. Teoria do domínio da organização. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2012. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, 2012.

ESPAÑA. Governo da Espanha. Ministério da Presidência e para as Administrações Territoriais. Lei Orgânica n. 10/1995. Legislação consolidada, [S.l], 1995? Disponível em: <<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>> Acesso em: 30 out. 2016.

EXAME. Disponível em: <<http://mm.exame.abril.com.br/empresas/perfil/2014/samarco>> Acesso em: 11 set. 2016.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. A codelinquência no direito penal brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. Revista Liberdades. São Paulo, n. 9, jan./abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Cuestiones actuales de derecho penal económico. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2009.

\_\_\_\_\_. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, n. 2, maio, 2009.

\_\_\_\_\_. Normativización del derecho penal y realidad social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad económica. Revista Penal. Salamanca, n. 7, 2001.

FOLHA DE SÃO PAULO. O julgamento do mensalão. Disponível em: <[http://www1.folha.uol.com.br/especial/2012/ojulgamentodomensalao/ojulgamento/o\\_esquema.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/especial/2012/ojulgamentodomensalao/ojulgamento/o_esquema.shtml)> Acesso em: 11 ago. 2016

GARRET, Brandon L. Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

GIL GIL, Alicia. La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid, Tomo 61. n. 1, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y complice en Derecho Penal. Madrid: Universidad de Madrid, 1966.

GODINHO, Inês Fernandes. A actuação em nome de outrem em direito penal económico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho. In: COSTA, José de Faria. (Coord.). Temas de direito penal econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Cuestiones fundamentales de derecho penal económico. Parte general y parte especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

GONÇALVES, Eduardo. FUSCO, Nicole. VESPA, Talyta. Tragédia em Mariana. Para que não se repita. Veja. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/acidente-mariana-mg-seus-impactos-ambientais.htm>> Acesso em: 11 set. 2016.

GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

GRECO, Luís et al. Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. In: \_\_\_\_\_ et al. Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_; LEITE, Alaor. A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador. Autoria e participação no projeto de código penal (PLS 236/2012). In: \_\_\_\_\_ et al. Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: \_\_\_\_\_ et al. Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: \_\_\_\_\_ et al. Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: \_\_\_\_\_ et al. Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Parte geral. v. 1. 13. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

HEFENDEHL, Roland. El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica. Derecho penal y criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Bogotá, v. 25, n. 75, 2004.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, n. 65, mar./abr. 2007.

HUNGRIA, Nelson. A teoria finalística no Direito Penal. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Rio de Janeiro, n. 16, jan./mar., 1967.

IBAMA. Ibama multa Volkswagen do Brasil em R\$ 50 milhões por fraude. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/publicadas/ibama-multa-volkswagem-do-brasil-em-r-50-milhoes-por-fraude>> Acesso em: 11 set. 2016

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PENAL LAW. IAPL. Section II: Concept and principles of economic and business criminal law, including consumer protection. Resolutions of the Congress of The International Association of Penal Law (1926-2014). International Review of Penal Law. 2015, p. 338-340. Disponível em: <<http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20EN.pdf>> Acesso em: 10 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Section III: Social economic penal law. Resolutions of the Congress of The International Association of Penal Law (1926-2014). *International Review of Penal Law*. 2015, p. 274-276. Disponível em: <<http://www.penal.org/sites/default/files/RIDP86%201-2%202015%20EN.pdf>> Acesso em: 10 set. 2016.

JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuello Contreras e de José Luís Serrano Gonzalles de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direito penal econômico tributário: uma análise histórica e comparada. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal. Parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete 5. ed. rev. e ampl. Granada: Comares, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. Parte geral. v. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KAHNEMAN, Daniel. Thinking fast and slow. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KALACHE, Maurício. Direito penal econômico. In: PRADO, Luiz Régis (Coord.). Direito penal contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007.

KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Salvar al Oficial Ryan. (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento). In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente (Coord.). Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014.

LEMONS, Clécio José Morandi de Assis. Prefácio. SUTHERLAND, Edwin Hardin. Crime de colarinho branco. Versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís et al. Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MACHADO, Renato Martins. Do concurso de pessoas: Delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

MAISONNAVE, Geman Aller. Delito de infracción de deber. Universidad de la Republica. Facultad de Derecho. Derecho y Actualidad. Montevideo, [201-]. Disponível em: <<http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/aller-infraccion-de-deber.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2017.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca. Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La coautoría: Concepto y requisitos en la dogmática penal. Revista Diálogos de Saberes. Bogotá, n. 26, jan./jun., 2007.

\_\_\_\_\_. Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho. Bogotá: Universidad Libre de Bogotá, Revista Diálogos de Saberes. Bogotá, n. 22, 2005.

MARTIN, Luís Gracia. Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. Lições fundamentais de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, João Ozorio de. Volkswagen enfrenta enxurrada de ações coletivas nos EUA. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-07/eua-volkswagen-enfrenta-enxurrada-acoas-coletivas-eua>> Acesso em: 11 set. 2016.

MIGALHAS. Mensalão em migalhas. Documentos. Denúncia do mensalão. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20120910-06.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120910-06.pdf)> Acesso em: 28 jul. 2016.

MILGRAM, Stanley. Behavioral study of obediecienc. The Journal of Abnormal and Social Psychology. v. 67, n. 4, 1963, American Psychological Association. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/cu/psychology/terrace/w1001/readings/milgram.pdf>> Acesso em: 26 set. 2016.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; COELHO, Yuri Carneiro. A estrutura ontológica das coisas como recurso garantidor no direito penal. In: PRADO, Luiz Régis (Coord.). Direito penal contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. MPMG denuncia a Samarco Mineração e 14 funcionários da empresa por crime ambiental. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-denuncia-a-samarco-mineracao-e-14-funcionarios-da-empresa-por-crime-ambiental.htm#.V61P6jWgvhU>> Acesso em: 12 ago. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República em Minas Gerais. Denúncia - Samarco. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>> Acesso em: 28 dez. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. Parte geral - Arts. 1º a 120 do CP. v. 1. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

MORÃO, Helena. Da instigação em cadeia. Contributo para a dogmática das formas de participação na instigação. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

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, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 34. ed. São Paulo: LTR, 2009.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao direito econômico. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. A Aplicação da teoria do domínio do fato ao núcleo financeiro do caso “mensalão”: Análise à luz do princípio da presunção do estado de inocência. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; SOUZA, Cláudio Macedo (Coord.). Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

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

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. Revista Penal. Salamanca, n. 9, 2002.

\_\_\_\_\_, Ana Isabel. La responsabilidad de los administradores de sociedades: critérios de atribución. Barcelona: Cedecs, 1997.

PORTAL DE AUDITORIA. Introdução à Lei Sarbones-Oxley. Disponível em: <<http://www.portaldeauditoria.com.br/auditoria-interna/Introducao-a-lei-Sarbanes-Oxley-SOx.asp>> Acesso em: 11 ago. 2016.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Ministério Público. Decreto Lei n. 48/1995. Legislação, [S.l.], 1995? Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=109&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=109&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>)> Acesso em: 30 out. 2016.

PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro. Parte geral - Arts. 1º a 120. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

PUPPO, Matheus Silveira. Concurso de pessoas, quadrilha ou bando, crime organizado no Direito Penal Empresarial - Uma análise dogmática. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). Direito penal econômico. Questões atuais. São Paulo: RT, 2011.

RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e direito penal econômico. Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

REVISTA EXAME. Tecnologia. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/porque-o-samsung-galaxy-note-7-explode-e-pega-fogo/>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

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

\_\_\_\_\_. Derecho penal. Parte general. Tomo 2. Especiales formas de aparición del delito. Tradução conjunta. Diego-Manuel Luzón Peña (dir.). Buenos Aires: La Ley, 2014.

\_\_\_\_\_. Dirección de la organización como autoría mediata. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid, Tomo 62, n. 1, 2009.

\_\_\_\_\_. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. Revista de Estudios de la Justicia. Santiago, n. 7, 2006.

\_\_\_\_\_. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. Tradução de Marina Pinhão Coelho. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, n. 65, mar./abr. 2007.

\_\_\_\_\_. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

\_\_\_\_\_. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). Tradução de Raquel Lima Scalcon. In: AMBOS; Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

\_\_\_\_\_. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. Revista Penal. Salamanca, n. 2, 1998.

ROYSEN, Joyce. Histórico da criminalidade econômica. Direito penal econômico e da empresa. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Org.). Doutrinas essenciais direito penal econômico. Teoria geral da tutela penal transindividual. v. 1. São Paulo: RT, 2011.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. Criminalidade de empresa e o crime de quadrilha ou bando. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. (Coord.). Análise contemporânea. Direito Penal Econômico. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAMARCO. Disponível em: <<http://www.samarco.com/institucional/a-empresa/>> Acesso em: 11 set. 2016.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 23, n. 117, nov./dez., 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal. Parte geral. 6. ed. atual. e ampl. Curitiba: ICPC, 2014.

SCALCON, Raquel Lima. Problemas especiais de autoria e de participação no âmbito do direito penal secundário: exame da compatibilidade entre “domínio da organização” (organisationsherrschaft) e criminalidade corporativa. Revista de Estudos Criminais. n. 54, jul./set. 2014.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A delimitação do direito penal econômico a partir do objeto do ilícito. In: VILARDI, Celso Sanchez. PEREIRA; Flávia Rahal Bresser Pereira; DIAS NETO, Theodomiro. (Coord.) Crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução de Daniela Brückner e de Lascrain Sánchez. Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, v. 41, fasc. 2, 1988.

\_\_\_\_\_. Fundamento y limites de los delitos de omisión impropia. Tradução de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Maracial Pons, 2009.

\_\_\_\_\_. La relación entre ontologismo y normativismo em la dogmática jurídico-penal. Obras \_\_\_\_\_. Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal, 2009.

\_\_\_\_\_. Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA, Germano Marques da. Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes. Lisboa: Verbo, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Compliance y deberes de vigilancia del empresariado. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Inigo (ed.). Compliance y teoria del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. Fundamentos del derecho penal de la empresa. Madrid: Edisofer, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal empresarial: A omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

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

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. A atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. Revista de Estudos Criminais 54. p. 113-115, jul./set., 2014.

\_\_\_\_\_. Da criminologia à política criminal: Direito penal econômico e o novo direito penal. In: \_\_\_\_\_ (Org.). Inovações no direito penal econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

\_\_\_\_\_. Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 21, n. 105, p. 86-87, nov./dez., 2013.

\_\_\_\_\_; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal. Parte geral. Arts. 1º a 120. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White collar crime. The uncut version. Binghamton: Yale University, 1983.

\_\_\_\_\_. Crime de colarinho branco. Versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TABUCHI, Hiroko. EWING, Jack. Volkswagen to pay \$14.7 billion to settle diesel claims in U.S. Business day. The New York Times. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2016/06/28/business/volkswagen-settlement-diesel-scandal.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/06/28/business/volkswagen-settlement-diesel-scandal.html?_r=0)> Acesso em: 11 set. 2016.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho penal de la empresa. Madrid: Trotta, 1995.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. A inconstitucionalidade de normas específicas do concurso de pessoas na legislação penal especial econômica. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 5, n. 9, p. 263-273, jul./dez. 2008.

TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de Derecho Penal Económico. (Comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial. Teoria geral e direito societário. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VALOR ECONÔMICO. Volkswagen sobe para U\$ 15 bi valor para encerrar ação sobre emissões. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4615803/volkswagen-sobe-para-us-15-bi-valor-para-encerrar-acao-sobre-emissoes>> Acesso em: 11 set. 2016

WELZEL, Hans. Teoria de la acción finalista. Buenos Aires: Astrea, 1951.

WELZEL, Hans. Derecho penal. Parte general. Tradução de Calos Fontán Balestra. Buenos Aires: 1956, Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. Direito penal brasileiro. v. 2, I, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. v. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.