

# Teoria do domínio do fato e responsabilidade penal dos diretores de empresas na criminalidade econômica

*André da Silva Santos*

Assessor da Procuradoria da República em Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

**Resumo:** O artigo apresenta os critérios de delimitação da autoria expostos pela teoria do domínio do fato, com base na tradução para o espanhol da sétima edição da obra *Autoria e domínio do fato*, de Claus Roxin, para, em seguida, investigar se os critérios do domínio do fato podem ser aplicados na delimitação da autoria nos crimes empresariais. A criminalidade cometida por meio da organização empresarial complexa, caracterizada pela intensa divisão de tarefas, por vezes, apresenta alto grau de dificuldade de imputação de responsabilidade penal, principalmente nos casos em que um diretor ordena a prática de um fato criminoso, sem, contudo, praticar atos executivos. Nesse contexto se investiga se a teoria do domínio do fato, conhecida em maior medida no Brasil em razão do julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal (“Mensalão”), pode, de fato, ser aplicada ao Direito Penal brasileiro e conduzir à autoria do diretor que se limita a oferecer uma contribuição na fase preparatória do delito.

**Palavras-chave:** teoria do domínio do fato; responsabilidade penal; autoria; crimes empresariais.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Critérios de diferenciação entre autor e partícipe. 2.1 Os critérios do domínio do fato. 3 O domínio do fato na criminalidade empresarial. 3.1 Responsabilidade penal dos diretores de empresas na criminalidade econômica. 4 Conclusão.

# 1 Introdução

A criminalidade econômica trouxe vários desafios para a dogmática penal. Entre eles está o da delimitação da autoria no âmbito de organizações empresariais complexas, nas quais, geralmente, o fato criminoso se dilui entre estruturas altamente especializadas.

As condutas cometidas no âmbito de uma estrutura empresarial complexa, como as grandes multinacionais, são, sobremaneira, de árdua delimitação, especialmente em organizações altamente especializadas, divididas em vários setores, com a presença de vários funcionários, das mais variadas funções.

A dificuldade de delimitação da autoria nesse contexto ocorre porque geralmente os crimes são cometidos por um conjunto de sujeitos, com graus diferenciados de poder e de informação. Nem todos têm as mesmas informações e nem todos têm conhecimento e especialidade suficientes para praticar determinados crimes, que possam exigir qualidades especiais do agente.

Nesse contexto, a criminalidade econômica praticada por meio de estruturas empresariais complexas tem sido foco de disputas doutrinárias, desde aquelas que negam a necessidade de atuação do Direito Penal nessa área, até as que defendem a ampliação da responsabilidade penal, inclusive para as pessoas jurídicas.

A par da disputa doutrinária, certo é que os avanços legislativos na área, principalmente após a Constituição da República de 1988, que ordena a intervenção do Estado na ordem econômica como agente regulador, e a participação do Brasil em foros internacionais de prevenção e repressão da criminalidade econômica reforçaram a necessidade de tipificação e combate a esses crimes.

Nesse âmbito, principalmente após a utilização da teoria do domínio do fato pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Penal 470, com possível expansão para outros tribunais e juízos de primeiro grau, oportuno investigar seu real significado e alcance para o Direito Penal brasileiro e para o sistema de delimitação da autoria na criminalidade econômica cometida por meio de organizações empresariais complexas.

Dessa forma, necessário verificar se uma teoria desenvolvida no Direito Penal alemão por Claus Roxin, em 1963, como forma de se contrapor às teorias da autoria vigentes à época, pode ser igualmente aceita no sistema penal brasileiro e, se aceita, ser aplicada para a criminalidade econômica cometida por meio de organizações empresariais complexas.

## 2 Critérios de diferenciação entre autor e partícipe

O crime pode ser praticado por um único indivíduo ou por vários em concurso eventual. Nesse último caso, surgem as discussões sobre autoria e participação. Há sistemas penais que não diferenciam autor de partícipe, de modo a se construir um sistema extensivo de autoria, em que todos os atores da conduta delituosa são seus autores; enquanto em sistemas restritivos se diferenciam, a partir de distintos critérios, quem seria autor e quem seria partícipe.

Neste artigo interessa o estudo dos sistemas restritivos de autoria, ou seja, daqueles em que se estabelecem critérios para distinguir autor de partícipe, como é o sistema do domínio do fato de Roxin. Antes, contudo, de apresentar o sistema de Roxin, cumpre relembrar rapidamente os principais sistemas restritivos de autoria vigentes na época em que o autor alemão desenvolveu sua teoria: o sistema formal-objetivo, o material-objetivo e o subjetivo.

Numa perspectiva formal-objetiva, autor seria quem realiza, com a própria conduta, o tipo penal, enquanto partícipe seria aquele que não executa o tipo, mas oferece uma conduta acessória ou marginal ao curso causal. A contribuição do partícipe, por não realizar o tipo, seria impune, caso não houvesse a norma de extensão do concurso de pessoas.

Numa perspectiva material-objetiva, "a distinção entre autoria e participação deveria ser pesquisada sob o prisma da diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas" (BATISTA, 2008, p. 65), enquanto pela perspectiva subjetiva a diferença se daria no âmbito da vontade: aquele que atua com vontade de autor (*animus auctoris*), que considera o crime como obra sua, e aquele que atua com vontade de partícipe (*animus socii*), que contribui para o crime sem considerá-lo obra própria.

## 2.1 Os critérios do domínio do fato

Numa perspectiva do domínio do fato,<sup>[1]</sup> autor seria aquele que ocupa posição central no acontecer típico. “O autor, o coautor e o autor mediato são as figuras principais do evento; o indutor e o cúmplice estão nas margens” (ROXIN, 2000, p. 45), havendo punição das formas de participação (instigação e cumplicidade) se existir uma norma extensiva da punibilidade.

A partir dessa premissa, firma-se a concepção de que o autor é a figura central do acontecimento típico, enquanto o partícipe, embora ofereça uma conduta acessória ao fato, não protagoniza sua execução. Desse modo, Roxin pretende oferecer soluções ao problema da autoria, ou seja, determinar, a partir do domínio do fato, em suas várias modalidades, quem seria autor do crime e quem seria partícipe. Segundo ele, a autoria pode se fundamentar no domínio da ação, em que há a autoria direta, no domínio da vontade, em que se manifestam as formas da autoria mediata, ou no domínio funcional do fato, terreno da coautoria.

### 2.1.1 Domínio da ação

No campo do domínio da ação, autor é aquele que empreende pessoalmente a conduta, isto é, quem realiza todos os elementos do tipo. De modo similar ao critério formal-objetivo, autor é quem, por sua própria conduta, comete o crime (autoria direta ou imediata). Nas palavras de Roxin:

Neste grupo de casos é relativamente fácil prever o resultado: quem, não coagido e de forma livre e independente, realiza todos os elementos do tipo de própria mão, é autor. Em todos os casos imagináveis tem o domínio do fato. Trata-se aqui do protótipo da autoria, da manifestação mais evidente da figura central, de um caso em que coincidem inquestionavelmente a “concepção natural da vida” e a valoração do legislador. Não se pode dominar um fato de maneira mais clara do que quando é feito por si mesmo; não se pode manter nas próprias mãos de modo mais firme do que quando se atua diretamente [...] na determinação da autoria: para o fato, tal como aparece na forma do domínio da ação, aquele que executa por completo, livremente e de própria mão, segue sendo a figura central dominante. É aí que reside o conteúdo de verdade imperecível da teoria objetivo-formal.<sup>[2]</sup> (ROXIN, 2000, p. 151-152).

Esse é o critério mais intuitivo de todos, uma vez que é usual concluir ser o autor de um homicídio aquele que deferiu a punhalada fatal na vítima, assim como é autor de um furto aquele que subtrai a coisa alheia móvel, pois realizam, por meio de suas próprias condutas, todos os elementos do tipo penal.

### **2.1.2 Domínio da vontade**

Em outro grupo de casos, o autor pode ser aquele que não pratica atos executivos. Para isso, aquele que não executa o delito, chamado de homem de trás, deve submeter a vontade de um terceiro a seus desígnios. Para tanto, o homem de trás deve se valer de coação ou de uma situação de erro do terceiro ou, ainda, se valer de um executor inimputável. Esses são os casos clássicos de autoria mediata: a prática do fato pelo domínio da vontade de um terceiro, mediante a submissão da capacidade de ação alheia.

O autor mediato (homem de trás) domina o fato porque domina a vontade de alguém, seja por meio de erro, coação ou utilização de um inimputável. A circunstância de não praticar atos executivos não lhe retira a condição de autor, pois “em virtude de seu conhecimento mais amplo sobre o significado social do evento ele capta com mais profundidade o sentido de sucesso da ação”<sup>[3]</sup> (ROXIN, 2000, p. 258). E quem executa o crime não será punido, uma vez que atua sem dolo.

Nessa hipótese, o executor não atua com dolo, enquanto o homem de trás será punido como autor do crime, a título de autoria indireta ou mediata, uma vez que “o domínio da vontade sobre o titular do domínio da ação fundamenta o domínio do fato”<sup>[4]</sup> (ROXIN, 2000, p. 67). Em outras palavras, o autor mediato realiza o tipo penal por meio de um terceiro instrumentalizado.

### **2.1.3 Domínio do aparato organizado de poder**

Num segundo grupo de casos de autoria mediata o executor atua de forma completamente responsável, sem que haja coação ou erro, mas via uma organização ou aparato organizado de poder, desde que haja (I) uma estrutura verticalmente hierarquizada, (II) a atuar fora do ordenamento jurídico e (III) com fungibilidade dos executores.

A construção do domínio do fato pelo domínio da organização, ou dos aparatos organizados de poder, foi utilizada no julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém, integrante do regime nazista de Hitler; pelo Superior Tribunal Federal alemão, pela primeira vez, em 1994, na condenação de ex-integrantes do Conselho de Defesa Nacional da República Democrática da Alemanha,<sup>[5]</sup> bem como por tribunais da Argentina (ditadura militar)<sup>[6]</sup> e do Peru (caso Alberto Fujimori), além do Tribunal Penal Internacional.

### Segundo Roxin:

O cerne do meu pensamento consistia em que, partindo-se do domínio do fato como critério decisivo para a autoria, haveria apenas três formas típicas ideais, nas quais se poderia dominar um acontecimento sem que o autor estivesse presente no momento da execução: pode-se coagir o executor, enganá-lo ou (e essa era a ideia nova) dar ordens através de um aparato de poder que garanta a execução do comando, mesmo sem coação ou engano, uma vez que o aparato enquanto tal assegura a execução do fato. Aquele que ordena tem condições de renunciar à coação ou ao engano do autor imediato, isto porque, no caso de este não cumprir o comando, o aparato dispõe, suficientemente, de outros indivíduos para assumir a função de executor. Em razão disso, é também característico, nessa forma de autoria mediata, que o homem de trás frequentemente nem sequer conheça pessoalmente o executor imediato. O exemplo histórico que esteve diante de meus olhos no desenvolvimento desta forma de autoria mediata foi o domínio nacional-socialista da violência. Quando Hitler, Himmler ou Eichmann (que fora processado, em 1961, na cidade de Jerusalém) deram ordens de matar, podiam estar seguros de sua execução, pois, diferentemente de uma instigação, a eventual recusa de algum exortado, na execução da ordem, seria incapaz de fazer com que o fato ordenado não fosse levado a cabo. Neste contexto, o comando seria cumprido por outra pessoa que tem, em suas mãos, a alavanca de controle do aparato de poder, independentemente do grau hierárquico, e, através de uma instrução, pode dar origem a fatos penais, nos quais não importa a individualidade do executante. (ROXIN, 2008, p. 323-324).

Roxin inova ao construir uma forma de autoria mediata em que o executor atua de modo plenamente responsável, inexistindo coação ou erro. Para tanto, para que o autor mediato tenha a certeza do cumprimento de sua ordem, exige-se um rígido sistema hierárquico numa estrutura apartada da ordem jurídica.

E mais, para que se tenha a certeza do cumprimento da ordem, é preciso haver a fungibilidade do executor, ou melhor, estar diante de uma estrutura voltada para o crime, em que os integrantes da linha de frente da organização possam ser livremente trocados, caso um deles se recuse a cumprir a ordem. Isso cria um grau de impessoalidade entre o responsável pela ordem e o executor, uma vez que ele pode ser substituído por outro, o que denota uma verdadeira "substitutibilidade ilimitada do autor imediato" (ROXIN, 2008, p. 324), de modo que os executores são homens "intercambiáveis e anônimos" (DUTRA, 2011, p. 224).

Esses elementos permitem que a organização funcione automaticamente; isso porque numa estrutura apartada do ordenamento jurídico, extremamente verticalizada, em que, caso não se execute a ordem, haverá a pronta substituição do executor, provavelmente se garantirá o sucesso do plano do autor mediato, que nesse caso não precisará se valer de coação ou erro para a realização do tipo penal.

#### **2.1.4 Domínio funcional do fato**

A seu turno, em um último grupo de casos, a empreitada criminosa pode ser direcionada conscientemente em divisão de tarefas. Nessa situação, o domínio do fato se expressa pelo domínio funcional do fato, que exige um liame subjetivo entre os autores, seja por um ajuste prévio, seja pela consciência de ação em conjunto.<sup>[7]</sup> A coautoria, traduzindo-se na decisão comum de realizar o tipo, fundamenta, portanto, a responsabilidade de todos os intervenientes no fato a título de autor.

O domínio do fato também decorre da divisão de tarefas. Assim, quem desfere socos numa vítima e, do mesmo modo, um segundo que a imobiliza e um terceiro que a apunhala dominam o fato por contribuírem, na fase executiva do delito, com condutas parciais, que, no todo, levaram ao sucesso, ou seja, à morte da vítima.

O coautor assume uma parcela do trabalho comum, que possibilita a realização do acontecimento mediante sua parte no plano global, pois "o domínio completo reside nas mãos de vários, de maneira que eles só podem atuar em conjunto, tendo assim cada um deles em suas mãos o destino global do fato"<sup>[8]</sup> (ROXIN, 2000, p. 307-308).

Frisa-se a necessidade da cooperação na fase executiva. Se o autor é o centro do acontecer delitivo, quem não realiza o fato mas apenas o induz ou oferece uma contribuição periférica não é autor, mas participe. Caso contrário, as formas de autoria e participação se confundiriam.

Numa conclusão parcial, pelo que foi visto até agora, autor é quem realiza com as próprias mãos os atos executivos do delito (domínio da ação), quem controla a vontade do homem da frente por meio de erro ou coação (domínio da vontade), quem executa cooperativamente o crime (domínio funcional do fato) e, ainda, quem comanda um aparato organizado de poder.

### **3 O domínio do fato na criminalidade empresarial**

Apresentadas as principais premissas da teoria do domínio do fato de Roxin, cabe analisar se seus postulados contêm novos critérios para delimitação da autoria nos crimes empresariais, naqueles casos em que gerentes e administradores emitem ordens para seus subordinados praticarem crimes.

Primeiramente, tal discussão faz sentido em organizações empresariais complexas, tendo em vista que em uma sociedade limitada familiar composta por dois cônjuges, em que apenas um deles administra a sociedade, provavelmente não surgem problemas de responsabilidade penal.<sup>[9]</sup>

Entretanto, quando se parte para estruturas empresariais complexas, em que há uma recorrente especialização de funções, com a presença de vários departamentos, diretores, gerentes e empregados dos mais diversos níveis intelectuais, aparecem os problemas.

Nesse contexto empresarial complexo, a que título responderia aquele que não executa o crime, mas dá a ordem para a realização do fato típico? Haveria apenas induzimento ou seria uma espécie de autoria mediata fundada no domínio de um aparato organizado de poder?

Não se pode, entretanto, partir para a discussão da aplicabilidade ou não do domínio do fato à criminalidade empresarial, sem antes discutir se o nosso Código Penal poderia conviver com os critérios do domínio do fato.



Segundo o art. 29 do Código Penal, "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". Concorrer para o crime significaria interferir num processo causal de forma a criar uma condição para a realização do tipo, nos termos da teoria da equivalência das condições (art. 13, CP).

Isso levaria à constatação de que o Código Penal brasileiro não diferenciaria, a princípio, autor de partícipe, uma vez que todo aquele que de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas. Logo, a lei penal brasileira adotaria o conceito extensivo de autor, visto que todo aquele que concorre para o crime realiza o tipo penal, pois:

O direito penal brasileiro parte de um sistema unitário de autor. Todos aqueles que concorrem para o delito são punidos a partir do mesmo marco penal, e sequer na determinação judicial da pena há distinção clara e precisa entre autoria e participação [...] O tribunal, nos termos do art. 29 em conjunto com o art. 13 CP, deve apenas verificar se existe um liame causal entre uma ação e uma omissão e um resultado; nesse caso, já se terá um autor do delito. Para a tipicidade da ação ou omissão não importa se a contribuição que causou o resultado se deu imediata ou mediadamente, noutras palavras, se ela ocorreu sem ou com a intervenção de uma ulterior ação de um terceiro. As diferenças entre as contribuições individuais são, no máximo, questões a serem enfrentadas na determinação judicial da pena. (GRECO; LEITE, 2015, p. 388-389).

Num sistema puramente causal, se toda ação importa para a consumação do crime, não seria possível distinguir autor de partícipe, pois nenhuma conduta seria acessória; logo, todos os intervenientes do curso causal seriam autores do crime, daí o conceito extensivo de autor.

O que o Código fez foi relegar a autoria ao campo da punibilidade, ou seja, como uma questão de dosimetria da pena. Assim, criou a figura da participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP), da participação em crime de menor gravidade (art. 29, § 2º, CP), bem como as agravantes no concurso de pessoas para aquele que promove, organiza ou dirige a atividade dos demais participantes (art. 62, I, CP), coage ou induz alguém à execução do crime (art. 62, II, CP), ordena a prática a quem está sob sua autoridade ou se utiliza de inimputável para praticar o delito (art. 62, III, CP).

Em sentido oposto ao que propõe o art. 29 do Código Penal brasileiro, a teoria do domínio do fato serve para distinguir autor de partícipe – filiando-se ao conceito restritivo de autor –, tendo em vista que Roxin a desenvolveu com base no Código Penal alemão, que faz expressamente essa discriminação.

Apesar de, a princípio, adotar um conceito extensivo de autor ou, na linha da doutrina brasileira, a teoria monística temperada,<sup>[10]</sup> não existiria, para Nilo Batista, Luís Greco e Alaor Leite,<sup>[11]</sup> nenhum obstáculo teórico para a importação da teoria do domínio do fato no Direito Penal brasileiro, a fim de se diferenciar autor de partícipe nos crimes comissivos dolosos.

Ademais, após a reforma da parte geral do Código em 1984, a doutrina brasileira procura apresentar critérios para diferenciar autor de partícipe, o que demonstra o apreço da dogmática por um sistema restritivo de autoria.

### **3.1 Responsabilidade penal dos diretores de empresas na criminalidade econômica**

Imaginemos uma situação na qual o diretor de uma empresa determina a dois funcionários da pessoa jurídica que prestem informações falsas à Receita Federal a fim de sonegar imposto de renda, conduta tipificada pelo art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990.

Esse tipo de situação representa o ponto central de dificuldade de delimitação da autoria, principalmente quando se constata que o diretor nada faz além de dar a ordem. Nessa modalidade criminosa, parece lógica a imputação do delito aos funcionários na condição de autores, já que realizam os elementos do tipo por suas próprias condutas. Entretanto, se o diretor, situado hierarquicamente acima deles, não o tivesse ordenado, nada teria acontecido.

Nesse caso, para fins de contextualização, a conduta do diretor (homem de trás) limita-se a ordenar a prática da ação delituosa, enquanto a execução cabe aos dois funcionários (homens da frente), hierarquicamente subordinados ao diretor, portanto, numa típica estrutura de comando em que alguém ordena e outro executa a ordem. Os

funcionários não estão em erro, atuam de forma plenamente responsável, com consciência do injusto.

Nessa situação, caso se aplique o domínio do fato como domínio da ação, o diretor será partícipe, enquanto os funcionários, por executarem de própria mão o crime, por deterem o controle da ação, serão autores. O diretor não realiza o tipo penal, apenas dá a ordem para a prática, ou seja, funciona como um instigador. Quem se limita a ordenar, portanto, a instigar, nunca poderia ser autor, pois nada realiza na fase executiva do delito.

Não se poderia falar em domínio funcional (coautoria), pois estaria ausente a resolução comum do fato, bem como a execução comum da empreitada. Deve haver um vínculo subjetivo, via ajuste prévio ou consciência de atuar em conjunto, e um vínculo de ordem objetiva, isto é, a execução conjunta do crime. O diretor não pratica atos executivos, apenas ordena a prática do crime, nem tem domínio sobre o que os funcionários irão realizar.

No domínio funcional, os agentes atuam em igualdade de condições, num mesmo plano horizontal, logo a necessidade da resolução e execução conjunta do plano delitivo.<sup>[12]</sup>

No exemplo, frisa-se, está-se diante de uma estrutura vertical, o diretor em posto mais alto da organização empresarial e os funcionários em posição hierarquicamente inferior. Não há uma resolução comum de realização do tipo.<sup>[13]</sup> O diretor pode, inclusive, nem saber qual dos funcionários irá executar a ordem, o que afasta, por completo, uma combinação em comum para a prática do delito.

Prosseguindo, haveria uma proximidade entre a autoria mediata e o exemplo dado, pois nela há uma relação vertical entre os participantes do crime: um dá a ordem, enquanto outro a executa. Entretanto, o domínio do fato pelo domínio da vontade exige a instrumentalização do executor do crime, que atua sem dolo, sem consciência do injusto. Para que isso ocorra, é necessário que o autor se valha de coação ou de uma ordem em uma estrutura hierárquica (art. 22, CP); ou coloque o instrumento em erro (art. 20, § 2º, CP); ou, ainda, de um executor inimputável (arts. 26 e 27, CP).

No exemplo dado, os executores sabiam da prática criminosa, entenderam que estavam a praticar um crime; portanto, há a consciência do injusto, com o que não se pode falar em autoria mediata do diretor, uma vez que os funcionários não foram utilizados como instrumentos para a prática do crime.

Em uma conclusão parcial, o diretor seria partícipe (instigador) no esquema do domínio da ação. Em relação ao domínio da vontade, falta a instrumentalização do executor. A seu turno, não haveria domínio funcional do fato ou coautoria, pois não houve planejamento nem execução conjunta do fato, frisa-se, o diretor apenas deu a ordem, não discutiu a prática do crime com os funcionários nem executou conjuntamente com eles o fato.

Restaria, portanto, analisar se o diretor poderia ser autor mediato do crime por dominar um aparato organizado de poder.

Na empresa, há uma "hierarquia das funções" (SOUZA, 2015, p. 812). Talvez por isso, intuitivamente, possa-se imaginar o diretor como autor do crime, mesmo sem praticar atos executivos, porque ele está no topo da organização empresarial; portanto, deveria ser responsabilizado a título de autor pelo crime que ordenou fosse praticado.

Como a estrutura empresarial complexa traduz uma ideia de verticalidade, o diretor poderia ordenar e o funcionário obedecer. Entretanto, não basta, para se dominar o fato por meio de um aparato organizado de poder, a verticalidade da estrutura. É preciso ainda a atuação fora do ordenamento jurídico e a fungibilidade dos executores.

A empresa não é uma estrutura dissociada do Direito. Até onde se sabe, a atividade empresarial deve ter objeto lícito, não sendo exercida exclusivamente para praticar crimes como ocorre em uma estrutura mafiosa. A prática de crimes na empresa é, em regra, eventual, uma vez que nenhuma empresa pode ter como objeto social a prática de delitos.

Apesar de a empresa não ser uma organização dissociada do Direito:

Quem quer aplicar a construção a empresas começa, em geral, por negar a necessidade desse requisito [desvinculação da ordem jurídica], para com isso aplicar essa forma de autoria mediata a toda organização verticalmente estruturada e com executores fungíveis.

Roxin, desde sua primeira manifestação até a última, e Schünemann insistem nesse critério. Apenas organizações de natureza criminosas, que se encontrem, nesse sentido, *dissociadas, apartadas da ordem jurídica*, como máfias, grupos terroristas ou ditaduras, conferem ao superior que emite ordens o domínio sobre a atuação concreta e responsável dos executores de suas ordens. [...] 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. (GRECO; LEITE, 2014, p. 29, grifos do original).

Entretanto, apesar da aplicação dos aparatos organizados de poder à realidade dos crimes empresariais, Roxin continua a defender a necessidade da atuação dissociada do Direito para que se esteja diante de um aparato organizado de poder. A atuação fora do Direito certamente garantiria a execução da ordem do homem de trás, tendo em vista ser "o atuante imediato [homem da frente ou executor] apenas uma roldana substituível dentro das engrenagens do aparato de poder" (ROXIN, 2008, p. 324).

Certamente a confiança do homem de trás só seria possível numa organização fora do Direito, a exemplo das organizações criminosas. Nesses casos, a estrutura é montada para a prática de crimes, ou seja, quem integra o aparato organizado sabe para o que está ali. Talvez por isso se saiba que a ordem será executada, e, caso não seja, o homem da frente será facilmente substituído por outro para que a organização criminosa continue a operar.

Além disso, é de se esperar que o funcionário, desprovido do estado de erro ou não coagido, não cumpra a ordem manifestamente ilegal do diretor. Essa recusa afasta a automática execução da ordem, e, se há a recusa ou, pelo menos, a possibilidade dela, se esvai a confiança do diretor (homem de trás). Portanto, a imputação, a título de autor, do diretor que ordena a prática da sonegação fiscal, por haver o domínio de um aparato organizado de poder, não se sustentaria.

Outro argumento contrário é que, em muitos casos, faltaria a funcionalidade do executor. Caso se imagine uma organização empresarial complexa, infere-se que determinados crimes, como a sonegação fiscal, só poderiam ser praticados pelos funcionários do setor ligado às finanças da organização empresarial. Roxin reconhece esse obstáculo:

[...] contra o domínio da organização, contesta-se que ele inexistente em ações não substituíveis, portanto, indispensáveis, noutras palavras, quando para o sucesso do plano delitivo necessite-se de especialistas decisivos. De fato, isso é correto. Quando o serviço secreto de um regime político criminoso ou o cabeça de uma organização terrorista escolhe para o atentado uma pessoa, alguém que é o único a dispor de *know-how* necessário para a execução do crime ou aquele único que tem acesso à vítima, então, nestas hipóteses inexistente autoria mediata, mas, sim, instigação. (ROXIN, 2008, p. 330).

Provavelmente todo o conhecimento para se fraudar um documento com o intuito de não pagar tributo estaria apenas com os funcionários do setor financeiro da empresa. Então o diretor não poderia confiar na execução de sua ordem por qualquer de seus subordinados, mas apenas pelos do setor financeiro, e, além disso, dentro desse setor pode haver ainda mais especialização, de modo que o crime pudesse ser cometido apenas pelo chefe do setor. Logo, estaria ausente a fungibilidade do executor.

Constata-se que na organização empresarial complexa há uma divisão altamente especializada no trabalho no plano horizontal, aliada a uma hierarquia em nível vertical, o que torna singular a prática de crimes nesse ambiente. Nesse sentido, torna-se insustentável a aplicação do domínio de um aparato organizado de poder a fim de se imputar autoria ao diretor, tendo em vista que a teoria trata a questão apenas sob o ponto de vista de uma estrutura hierarquizada, portanto, apenas no plano vertical, sem realizar investigação sobre a divisão de tarefas no plano horizontal.

A estrutura de aplicação do domínio do fato por meio de um aparato organizado de poder exige, desse modo, uma estrutura rigidamente hierarquizada em que os executores possam ser substituídos como peças de uma engrenagem a fim de garantir a confiança do autor de escritório (homem de trás).<sup>[14]</sup>

Ademais, frisa-se, no contexto empresarial, em que não estamos diante de uma estrutura fora do Direito, é de se imaginar que uma ordem manifestamente ilícita não seja cumprida.

Fica evidente que Roxin não desenvolveu o domínio da organização “para resolver problemas político-criminais colocados por estruturas

empresariais, mas sim outro tipo de questões (crimes de Estado ou cobertos pelo Estado, grandes organizações criminosas)" (FEIJOO SANCHEZ, 2012, p. 32).

O diretor que apenas ordena a prática do delito, segundo a teoria de Roxin, seria considerado partícipe, mas não um autor, pois não realizou o tipo penal com as próprias mãos (domínio da ação), não se utilizou de seus funcionários em erro (domínio da vontade), não planejou e executou em conjunto o fato com seus subordinados (domínio funcional do fato) nem se utilizou de um aparato organizado de poder.<sup>[15]</sup>

Desse modo, a teoria do domínio do fato não conduz a uma responsabilidade pura e simples do homem de trás a título de autoria. O diretor não será considerado autor do fato apenas por ocupar uma posição superior na organização empresarial.<sup>[16]</sup>

Salienta-se, "a teoria do domínio do fato distingue autor de partícipe no plano do tipo, e não do grau de reprovação ou no merecimento de pena dos intervenientes" (LEITE, 2014, p. 137). Isso quer dizer que os parâmetros do domínio do fato são analisados com base na contribuição do interveniente para a realização do tipo, sendo o autor a figura central do fato.

Os critérios do domínio do fato podem até incidir, mas não de modo inédito ou como forma de solucionar a atribuição de responsabilidade penal em organizações empresariais complexas, onde "predomina[m] a divisão de funções no plano horizontal e a relação hierárquica no plano vertical" (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 75).

No caso do domínio da ação, a teoria pouco acrescentaria, tendo em vista que, com ou sem ela, o diretor seria responsabilizado pelo fato, já que executa, de própria mão, todos os elementos do tipo. No caso do domínio da vontade, também o nosso Código Penal prevê a responsabilidade daquele que se utilizou de um terceiro em erro.

O domínio funcional exigiria uma resolução e execução conjuntas, o que poderia, num contexto de uma organização empresarial complexa, ser de pouca observação, já que o diretor e os funcionários poderiam ficar muito afastados na estrutura da empresa, de modo a dificultar uma resolução e execução conjuntas do tipo penal. Por fim,

adaptar a estrutura empresarial à teoria do aparato organizado de poder é uma difícil tarefa, repudiada pelo próprio Roxin.<sup>[17]</sup>

## 4 Conclusão

A teoria do domínio do fato não foi criada com a pretensão de se aplicar a todos os casos. Na verdade, destina-se aos crimes que não oferecem um critério seguro para a distinção entre autor e partícipe, ou seja, os delitos comissivos dolosos que podem ser praticados por qualquer pessoa, os chamados crimes comuns, em oposição aos crimes próprios ou de dever, em que o tipo exige uma condição especial do autor.

Nos crimes próprios ou de dever, deverá identificar-se o titular do dever imposto pela norma; a exemplo do diretor ou gerente da empresa no crime de gestão temerária, ou do funcionário público no peculato. Nos delitos culposos, o critério seria a violação a uma norma geral de cuidado, na forma do art. 18, II, do Código Penal. A seu turno, nos delitos omissivos, é preciso investigar, por exemplo, se o agente tinha o dever de garante, expresso em alguma das condições do art. 13, § 2º, do Código Penal.

O domínio do fato, portanto, tem incidência nos crimes comuns, o que afasta sua aplicação em crimes empresariais nos quais se exige uma condição especial do agente ou nos crimes omissivos. Isso demonstra não ser a teoria do domínio do fato uma espécie de salvação para o problema.

Se os critérios desenvolvidos por Roxin e pelas teorias anteriores se revelam insuficientes para resolver satisfatoriamente a delimitação de autoria nos crimes empresariais, no contexto das sociedades empresariais complexas isso pode ocorrer por ainda não se ter dedicado espaço para o estudo da realidade dessas organizações, mas apenas para a adaptação, por vezes deficiente, de modelos de delimitação de autoria desenvolvidos para a criminalidade de natureza individual.

Além disso, se a organização empresarial complexa se vale da divisão de tarefas a fim de realizar seu objeto social, ao criar vários departamentos e pequenos centros de decisão na estrutura organizacional da sociedade, é preciso levar esse dado da realidade em consideração, sob pena de se ignorar a realidade social.



Entretanto, não se pode cometer o erro de imputar a responsabilidade a título de autoria apenas pela mera posição de sócio-administrador ou dirigente, na tentativa de sempre atribuir o fato criminoso a quem está no topo da organização, nem o de tratar as empresas como organizações criminosas ou o cometimento desses crimes por meio de uma associação criminosa.<sup>[18]</sup>

Esses estudos são importantes para evitar o distanciamento entre doutrina e práxis jurisdicional, principalmente porque a aplicação da teoria do domínio do fato pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal 470, parece ter se distanciado da versão de Roxin.<sup>[19]</sup>

Por fim, frisa-se, não se domina o fato, não se é o centro do acontecer criminoso, sem ação, seja ao executar o fato de próprias mãos, seja por meio de um instrumento em erro, seja pela ordem em um aparato organizado de poder. Ninguém domina o fato por simplesmente ser o chefe da organização. Nunca é demais lembrar a lição de Aníbal Bruno (2005, p. 17), segundo o qual, “o juízo de reprovação só será legítimo até onde se pode exigir do sujeito uma conduta de acordo com a norma, aí se traça um limite ao julgamento de culpabilidade pelo fato antijurídico e típico”.

## Referências

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileira – Considerações sobre a APn 470 do STF. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, Rio de Janeiro, ano 2, v. 2, p. 138-164, dez. 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/download/14319/10855>. Acesso em: 15 out. 2016.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes** – Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. Tomo II. 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p. 243-276, maio/jun. 2015.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 223-248.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. A imputação penal nos delitos cometidos através de estruturas organizadas de poder: análise jurisprudencial do Direito Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 22, p. 1-28, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1930/3056>. Acesso em: 30 nov. 2016.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. Trad. de Vânia Costa Ramos. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 9, p. 26-57, jan./abr. 2012.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. 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. 81-122.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A "recepção" das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro ("Caso Mensalão"). **ZIS**, [online], n. 7-8, p. 386-393, 2015. Disponível em: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015\\_7-8\\_937.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf). Acesso em: 30 nov. 2016.

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: 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. 19-45.

GRECO, Luís; SALOMÃO, Heloísa Estellita. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 91, p. 393-409, jul./ago. 2011.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. 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. 47-80.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e participe 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. 123-168.

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**, Huelva, n. 9, p. 59-98, 2002. Disponível em: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12625/Problemas.pdf?sequence=2>. Acesso em: 14 jan. 2017.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. A responsabilidade nos crimes tributários e financeiros. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Direito penal empresarial:** tributário e das relações de consumo. São Paulo: Dialética, 1995. p. 27-34.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral, arts. 1º a 120. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

ROXIN, Claus. Autoria mediata por meio do domínio da organização. Trad. de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, José Danilo Tavares (coord.). **Temas de direito penal** – Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 323-342.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Trad. da sétima edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SOUSA, Susana Aires de. Algumas considerações sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial. **Revista Systemas**, v. 2, n. 1, p. 147-161, 2010. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/1263>. Acesso em: 11 jul. 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. In: VITORELLI, Edilson (coord.). **Temas atuais do Ministério Público Federal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 807-829.

SOUZA, Artur de 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. 105, p. 59-92, nov./dez. 2013

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.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal económico** – Introducción y parte general. Trad. da segunda edição alemã por Héctor Hernández Basualto, Rodrigo Aldoney Ramírez e Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2009.

## Notas

- [1] A doutrina diverge sobre a origem da teoria (ou teorias) do domínio do fato. Nilo Batista (2008) afirma que ela foi elaborada por Welzel, mais tarde por Gallas e Maurach, com o aprimoramento de outros como Roxin, Wessels, Stratenwerth e Jescheck, além de ter adeptos na Espanha (Ordeig), na Argentina (Bacigalupo), na Itália (Latagliata) e no Chile (Yañez-Perez), em rol meramente exemplificativo. Artur de Brito Gueiros Souza (2015) defende o surgimento em Welzel e o desenvolvimento por Roxin. Luís Greco e Alaor Leite (2014) dizem que o domínio do fato teria sido mencionado por outros autores, mas sem dúvida foi Roxin quem deu embasamento dogmático para a teoria.
- [2] Tradução livre do espanhol: *“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 aquí 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 [...] en la determinación de la autoría: para el hecho, tal como aparece em forma de acción, el que ejecuta por completo, libremente y de propia mano, sigue siendo la figura central dominante. Ahí reside el contenido de verdad impercedero de la teoría objetivo-formal.”*
- [3] Tradução livre do espanhol: *“en virtud de su saber más amplio capta con más profundidad el significado social del suceso”.*
- [4] Tradução livre do espanhol: *“el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho”.*
- [5] Segundo Bruna Amorim Martins Dutra (2011, p. 229), o Tribunal Federal alemão, “à vista do conjunto probatório coligido, [...] constatou que os três membros do Conselho Nacional de Defesa do RDA, 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. Portanto, foram condenados como autores de escritório dos homicídios perpetrados, com fundamento nos §§ 212 e 25 do StGB [Código Penal alemão], sem prejuízo da responsabilidade penal dos guardas da fronteira. Registre-se que tal condenação foi confirmada pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*) no ano de 1997”.
- [6] No caso argentino, a “Câmara Nacional de Apelações Criminais e Correccionais da Capital Federal da Argentina, em 09/12/1985, condenou, a título de

autores mediatos, os comandantes das Forças Armadas argentinas Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, Orlando Ramón Agosti, Roberto Eduardo Viola e Armando Lambruschini, em razão de terem ordenado a prática de crimes de sequestro, tortura e homicídio através do aparato estatal contra adversários na luta em oposição à subversão” (DUTRA, 2012, p. 4). Entretanto, a Corte Suprema argentina reviu o julgamento para condenar os comandantes como partícipes, e não autores mediatos.

- [7] Segundo Nilo Batista (2008, p. 103), “a resolução comum para o fato significa a consciência e vontade de coatuar, de integrar-se cooperativamente a uma empresa comum. É absolutamente dispensável, conquanto seja a modalidade mais habitual, que isso se faça em termos de ‘prévio ajuste’, e nesse passo a doutrina brasileira é unânime. Pelo contrário, o acordo de vontades pode ocorrer durante o fato, e depois que parte dele tenha sido realizada, dando surgimento ao que se chama de coautoria sucessiva”.
- [8] Tradução livre do espanhol: *“el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos solo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos o destino del hecho global”*.
- [9] Artur de Brito Gueiros Souza (2013, p. 60) também reconhece essa circunstância ao afirmar que a questão da responsabilidade penal “fica mais complexa quando se observa que, não raro, há a concorrência ou mesmo emanção de ordem para delinquir por parte dos agentes que se encontram nas instâncias intermediárias e superiores de uma pessoa jurídica, notadamente quando se está diante das grandes e complexas corporações”.
- [10] Luiz Regis Prado (2012, p. 567) defende que “o Código Penal reformado (1984) adota essa teoria [monística], 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” (grifos do original). Igualmente, Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2015, p. 345) defendem que: “[...] 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”.
- [11] Nilo Batista (2008, p. 73) afirma que, “para o direito penal brasileiro, nenhum obstáculo teórico existe contra a utilização desse critério [o critério do domínio do fato] para os crimes comissivos dolosos”. Igualmente, Luís Greco e Alaor Leite (2015, p. 389) defendem que, “de fato, existem esforços na doutrina brasileira no sentido de interpretar o direito positivo brasileiro, já de *lege*

*lata*, no sentido de um sistema diferenciador de autoria e participação. Não há, a nosso ver, nenhum empecilho intransponível a barrar esses esforços. Afinal, trata-se de uma interpretação construtiva limitadora da punibilidade, que, ademais, encontra apoio na vontade do legislador que reformou a parte geral do CPB em 1984. Esses esforços anseiam, sobretudo, superar um sistema que, como consequência, torna um grito de ‘mate-o!’ dirigido a um terceiro plenamente responsável uma ação de matar no sentido do delito de homicídio – o que, desde a perspectiva do princípio da legalidade, significa uma inaceitável dissolução dos tipos penais”.

- [12] Luís Greco e Augusto Assis (2014, p. 92) afirmam que “os requisitos do plano comum são: todos os coautores conheçam como o delito será executado e que eles decidam em conjunto executá-lo. Não se exige, por outro lado, que o plano tenha sido formulado em conjunto ou que os coautores tenham manifestado previamente sua adesão a ele. Basta uma adesão tácita, ainda que já iniciada a execução (coautoria sucessiva), como no caso em que A está agredindo Z e B se junta a A”.
- [13] Luís Greco e Augusto Assis (2014, p. 94) afirmam que, no Direito alemão, a lei penal exige que o fato seja cometido conjuntamente, por isso Roxin reforça esse aspecto em sua teoria. No Brasil, não há dispositivo legal semelhante, mas os autores alertam para o cuidado que se deve ter para se afirmar uma coautoria nesses casos, sob pena de se responsabilizar o dirigente por ato de terceiros. Segundo os autores, “uma imputação recíproca é algo um tanto grave; concretamente, ela significa que cada um responderá não pelos seus próprios fatos, mas também por fatos *prima facie* de terceiros. Essa severa consequência jurídica tem de ser legitimada, especialmente diante daquele que se vê obrigado a responder por ato de terceiro. Não enxergamos como isso será possível sem que existam uma decisão e uma atuação conjuntas, isto é, de todos, mas também de cada um dos coautores”.
- [14] Apesar de todas as críticas, a autoria mediata pelo domínio da organização já foi utilizada pelo Superior Tribunal Federal alemão, equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ), com notório repúdio de Roxin (2008, p. 338-339): “Em 1997, a 2ª Turma do Superior Tribunal Federal alemão condenou os responsáveis de uma sociedade limitada como autores mediatos de uma remoção de lixo ambientalmente perigosa (§ 326 do Código Penal alemão). O ‘domínio do fato escorado na vontade de autor’ dos responsáveis da sociedade derivou de que eles teriam ‘aberto e apontado o caminho’ para uma remoção ilegal de lixo. Contudo, abrir e apontar a via que leva ao fato penal é um papel típico do instigador (e frequentemente próprio do conselho técnico que o cúmplice fornece). Um domínio do fato não resulta, em qualquer caso, simplesmente desta circunstância. No mesmo ano, por meio de um acórdão da 4ª Turma, dirigentes de uma sociedade limitada foram apenados como autores mediatos nos estelionatos cometidos pelos empregados desta, apesar de não se ter podido ‘comprovar nenhuma

atuação concreta, ou, também, um conhecimento atual dos réus com relação às respectivas encomendas das mercadorias'. Pois, como 'autor por domínio do fato' entraria 'igualmente em consideração aquele que aproveita as condições, que desatam cursos criminosos regulares, dadas pelas estruturas da organização'. Isto o Superior Tribunal Federal alemão 'afirmou também para as atividades empresariais'. Não se fundamentou, em detalhes, a decisão sobre como, porém, deve existir um domínio do fato em um acontecimento, no qual os acusados, em concreto, nem pelo menos influíram. O domínio do fato é aqui utilizado com o fim de se imputar a autoria em qualquer forma de responsabilidade, não somente na mediata, a todo aquele que está no nível de direção de uma empresa. No entanto, para isto, este conceito não é apropriado".

- [15] Tiedemann (2009, p. 229) reconhece e falta de domínio da ação e vontade aos ocupantes dos postos de comando da empresa, o que os tornaria meros partícipes. Segundo ele, "como os ocupantes dos postos de comando carecem do devido controle do fato e da vontade, serão, por via de regra, meros cúmplices. Embora a admissão de coautoria não seja totalmente excluída, sua probabilidade diminuirá à medida que se aproximar do nível mais baixo da hierarquia" (tradução livre do espanhol: "*al faltar en los instruidos un propio dominio del hecho y de la voluntad, ellos serán, por regla general, meros cómplices. Aunque no se excluye por completo la admisión de una coautoría, su probabilidad disminuirá mientras más se acerque uno al nivel más bajo en la jerarquía*").
- [16] Não se desconhece existir uma tendência de imputação voltada para quem ocupa o topo de estruturas organizacionais, como o são as complexas empresas modernas. Susana Aires de Sousa (2010, p. 151-152) revela que a "tendência da literatura europeia e internacional tem sido justamente no sentido de responsabilizar em primeira linha os órgãos de direção, isto é, de responsabilizar o máximo possível 'para cima'. Considera-se, a título de exemplo, o artigo 12º do *Corpus Iuris 2000*, na versão de Florença, onde se prevê a responsabilidade criminal do director da empresa ou da pessoa que exerça poderes de decisão ou controle no seio empresarial. Ou ainda, igualmente a título de exemplo, o artigo 28º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, referente à responsabilidade criminal dos chefes militares e outros superiores hierárquicos, pelos crimes cometidos pelas forças que estão no seu comando". Entretanto, não se pode perder de vista a preocupação por tantos manifestada, como por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira (1995, p. 27), de que "a perquirição da responsabilidade pessoal, corolário fundamental do Direito Penal, não tem sido a preocupação primeira da polícia e do Ministério Público, que tem denunciado pela simples condição objetiva de ser o acusado diretor, gerente, administrador ou mesmo mero sócio da empresa".



- [17] No fundo, o problema segue sendo a fundamentação teórica da imputação a título de autor daquele que ordena e, frequentemente, controla a execução do crime, sem, contudo, oferecer uma contribuição na fase executiva. Se não oferece contribuição na fase executiva, não pode ser coautor. Segundo Muñoz Conde (2002, p. 76-77), “sua correta solução dogmática é não só de grande importância teórica para uma correta delimitação do conceito de autoria nesta área da criminalidade, mas também prática, pois só a determinação das estruturas que fundamentam a autoria nesta área permite atribuir responsabilidade aos verdadeiros autores dos crimes e não aos personagens secundários, que muitas vezes não passam de ‘homens de palha’ usados precisamente para que os verdadeiros responsáveis fujam de sua responsabilidade” (tradução livre do espanhol: “*su correcta solución dogmática no sólo es de gran importancia teórica para una correcta delimitación del concepto de autoría en este ámbito de la criminalidad sino también práctica, porque sólo la determinación de las estructuras que fundamentan en este ámbito la autoría, permite atribuir la responsabilidad a los verdaderos autores de los delitos y no a personajes secundarios, que muchas veces no son más que ‘hombres de paja’ utilizados precisamente para que los verdaderos responsables evadan su responsabilidad*”).
- [18] Alerta dado por Danilo Miranda Costa (2015) e por Luís Greco e Heloísa Estellita Salomão (2011).
- [19] Ver a crítica formulada, entre outros, por Pablo Rodrigo Alflen (2014) e Luís Greco e Alaor Leite (2015, p. 390 a 392).