

A distinção entre autor e partícipe em crimes empresariais: uma análise da teoria diferenciadora nos Tribunais Superiores (1996-2022)

Distinction between Perpetrator and Accomplice in corporate crimes: an analysis of the differentiating theory in High Courts (1996-2022)

Ana Carolina de Souza Tognarelli 

João Vitor Alexandrino Viana 

Resumo: O presente trabalho analisou a aplicação da teoria diferenciadora do concurso de agentes na imputação de crimes de direito penal econômico atribuídos a dirigentes empresariais. O objetivo foi determinar os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para a classificação dos agentes como autores ou partícipes em tais crimes. Para tanto, foram selecionados 96 julgados dessas cortes, utilizando-se palavras-chave específicas e a análise dos precedentes entre os anos de 1996 e 2022. A pesquisa revelou a ausência de uma determinação clara e consistente dos critérios mencionados, uma vez que a extensão do tipo penal para os crimes empresariais, discussão essencial à determinação da abrangência da norma e à classificação dos agentes como autores ou partícipes, não é adequadamente abordada na maioria das decisões analisadas. Essa lacuna é agravada pelo uso inadequado dos conceitos e critérios da teoria do domínio do fato na responsabilização penal de dirigentes empresariais, especialmente nas instâncias inferiores. Tal uso impróprio tem exigido correções por parte do STF e do STJ. Além disso, o estudo identificou a Ação Penal nº 470 como um marco temporal relevante, cuja influência na aplicação da referida teoria também foi analisada. Conclui-se que há uma necessidade premente de revisão e uniformização dos critérios de imputação para assegurar a aplicação justa e precisa do direito penal econômico no contexto empresarial.

Palavras-chave: concurso de agentes; domínio do fato; autoria; participação; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: This study analyzed the application of the differentiated theory of co-perpetration in the attribution of economic criminal liability to corporate executives. The objective was to determine the criteria employed by the Brazilian Supreme Federal Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ) in classifying individuals as either principals or accomplices in such crimes. To this end, 96 rulings from these courts were selected, utilizing specific

keywords and analyzing precedents between 1996 and 2022. The research revealed a lack of clear and consistent criteria for this classification, as the scope of criminal liability in corporate crimes, a critical issue for determining the extent of the norm and the classification of individuals as principals or accomplices, is not adequately addressed in the majority of the analyzed decisions. This gap is exacerbated by the improper use of concepts and criteria from the Theory of Control of the Act (“Tatherrschaft”) in the criminal liability of corporate executives, especially in lower courts. Such improper use has necessitated corrective actions by the STF and STJ. Additionally, the study identified Criminal Action nº 470 as a significant temporal milestone, whose influence on the application of the aforementioned theory was also examined. It concludes that there is a pressing need for a review and standardization of attribution criteria to ensure the fair and accurate application of economic criminal law within the corporate context.

Keywords: joint perpetration; domain of the fact; authorship; complicity; Brazilian Supreme Court; National High Court of Brazil.

Sumário: Introdução; 1 Metodologia; 2 Autoria, participação e domínio do fato; 2.1 Domínio do fato; 2.1.1 As formas; 3 Aplicação dos conceitos para responsabilização de dirigentes empresariais; 3.1 Os crimes empresariais e o direito penal; 3.2 Responsabilização penal de dirigentes empresariais; 4 Análise dos julgados; 4.1 Diferenciação nos resultados; 5 Imprecisões no uso da teoria do domínio do fato pelos Tribunais; 5.1 Análise do marco temporal da Ação Penal nº 470 (*Mensalão*); 5.2 Implicações práticas para a responsabilização deficiente dos dirigentes empresariais; Conclusão; Referências.

Introdução

Na literatura resta bastante consolidada a ideia de que *determinar o conceito de autor é definir a extensão da própria norma proibitiva*¹. Trata-se de um debate que permeia toda a teoria do tipo penal, afetando diretamente a aplicação das normas penais: quem, entre os envolvidos em uma conduta delitiva, pode ser considerado agente principal e quem deve ser visto como mero partícipe. Essa distinção é essencial para a definição dos limites da responsabilização penal, razão pela qual a teoria do domínio do fato desempenha fundamental importância². Trata-se de uma construção teórica adotada, no sistema judiciário penal brasileiro, como ferramenta de interpretação que define como autor aquele que controla a ação delitiva, diferenciando-o daquele que apenas contribui de maneira acessória para o crime: o partícipe.

No entanto, a aplicação da teoria, apesar de amplamente debatida e consolidada na doutrina penal, levanta questionamentos quando observada sob a ótica do Direito Penal Econômico. Esse ramo do Direito Penal lida com crimes

1 LEITE, *Domínio do fato ou domínio da posição?*, p. 31.

2 ROXIN, *Autoría y dominio de hecho en derecho penal*, p. 42-49.

complexos, cometidos no contexto de atividades empresariais, em que a estrutura organizacional das empresas e a própria dinâmica das empreitadas geram desafios para a identificação da autoria e da participação nos delitos. Nesse sentido, a atuação de dirigentes e administradores de empresas em crimes que envolvem sociedades empresárias exige uma análise mais profunda e cuidadosa sobre como os tribunais superiores aplicam os critérios de diferenciação.

Este trabalho parte da identificação de uma lacuna na aplicação das teorias diferenciadoras no referido contexto. A discussão acerca da aplicação das teorias de autoria e participação no âmbito empresarial ainda carece de uma análise detalhada. Em muitos casos, a complexidade do ambiente empresarial, combinada com a estrutura organizacional das corporações, dificulta a aplicação linear dos critérios clássicos. Assim, o presente estudo tem como objetivo explorar, por meio de uma pesquisa jurisprudencial abrangente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, os parâmetros utilizados para diferenciar a autoria e a participação em crimes empresariais. O foco recai, sobretudo, sobre os delitos imputados a dirigentes de sociedades empresariais, verificando-se quais critérios têm sido empregados para determinar a responsabilidade penal desses agentes.

Em suma, a pesquisa busca compreender, de maneira mais clara, como esses tribunais interpretam a extensão dos tipos penais no contexto econômico, bem como se há consistência na aplicação dos conceitos de autoria e participação ou se, ao contrário, existe uma certa ausência de critérios uniformes, o que pode comprometer a previsibilidade e a justiça na aplicação das normas penais.

1 Metodologia

A pesquisa reuniu precedentes com trânsito em julgado obtidos a partir das ferramentas de busca de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça³. No início, a busca ocorreu por meio de palavras-chave relacionadas à temática, em diferentes combinações, sendo essas: *partícipe*, *dirigente*, *sócio*, *administrador*, *domínio do fato*, *diretor* e *operação*. Essa primeira fase reuniu 50 julgados, sendo excluídas decisões monocráticas, pela própria natureza colegiada do tribunal, além daqueles que não versavam sobre crimes empresariais ou que não envolviam dirigentes empresariais.

3 Sites para acesso aos mecanismos de busca dos tribunais: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> e <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Último acesso em: 30 abr. 2024.

Contudo, buscando obter uma amostra maior, a segunda fase consistiu na pesquisa de crimes empresariais em espécie que frequentemente envolvem dirigentes empresariais, nas mesmas ferramentas de busca. Os selecionados foram os delitos licitatórios, ambientais, tributários e contra a Administração Pública. Outro método de seleção foi a identificação, na amostra coletada por meio de palavras-chave, dos julgados citados como precedentes, visto que também versavam sobre o tema pesquisado, sendo, portanto, de extremo valor para a pesquisa.

Optou-se, inicialmente, pela delimitação temporal de 2000 a 2022, buscando analisar a aplicação da referida teoria no decorrer do milênio. Contudo, foram encontrados quatro julgados relevantes, anteriores ao marco temporal proposto previamente. Dessa forma, decidiu-se pela delimitação temporal de 1996 a 2022, totalizando 96 julgados analisados. Por fim, todos os casos selecionados, com base nos critérios previamente definidos, foram organizados em uma tabela com as respectivas palavras chave utilizadas⁴.

Explicita-se, ainda, que a escolha de se analisar a teoria do domínio do fato, de Claus Roxin, justifica-se pelo recorte metodológico escolhido, inclusive pela análise do impacto da Ação Penal nº 470, desenvolvida no decorrer do texto. Para a fundamentação teórica do estudo da teoria do domínio do fato, optou-se por concentrar a pesquisa nos textos de Alair Leite e Luís Greco, autores que se destacam como os principais expoentes da tese no Brasil. Essa escolha justifica-se pela reconhecida qualidade de suas obras, que oferecem uma base sólida para a abordagem do tema. Reconhece-se, contudo, a existência de uma bibliografia mais ampla sobre a matéria, cuja relevância não se pretende desconsiderar, mas que foi preterida em virtude do recorte metodológico adotado na pesquisa, focada em análise jurisprudencial.

2 Autoria, participação e domínio do fato

A realização do crime por mais de um sujeito é definida como concurso de agentes. Esse concurso pode acontecer tanto em crimes que necessitam de uma multiplicidade de indivíduos (concurso necessário) quanto em crimes que poderiam ser realizados individualmente (concurso eventual). Este último gera um conflito em relação à forma de responsabilização de cada um dos participantes.

4 A tabela que descreve os resultados na íntegra pode ser encontrada no *link*: <https://figshare.com/s/b23a6d54cabda123e31b>.

Dessa forma, neste capítulo, haverá a exposição das maneiras pelas quais esse fato é estudado.

O primeiro passo para a compreensão desse tema é definir, entre os sujeitos, quais serão os autores do crime. Segundo a chamada teoria unitária, todo aquele que contribui para o crime deve responder como autor, não admitindo uma diferenciação quanto ao conteúdo do injusto realizado por cada um. Essa é a teoria usada na Itália e pode ser percebida a partir do art. 110 do Código Penal italiano⁵. Em contrapartida, existem teorias classificadas como diferenciadoras, que exigirão uma separação entre autores e partícipes (entendendo ser esse um injusto diferente e atribuindo a ele uma sanção correspondente). De maneira geral, esses sistemas exigem ainda normas que regulem a aplicação da lei penal de maneira diferenciada. O Código Penal alemão é um exemplo de sistema que adere a essa teoria⁶.

A posição adotada pelo ordenamento brasileiro é alvo de debates doutrinários. Para parte da doutrina, trata-se de um sistema unitário, a partir da análise do art. 29⁷ do Código Penal. Mais especificamente, trataria-se de um sistema unitário funcional, que não considera diferenciações nas formas de cometimento do fato, mas aceitaria essas divergências conceituais quanto à tipicidade⁸, o que está presente, inclusive, na parte final do referido artigo. Por outro viés, pode-se definir a posição do sistema brasileiro como diferenciador. Tal posicionamento é adotado no presente trabalho por ser considerado mais completo, uma vez que decorre da análise não apenas em um artigo, mas de sua interpretação jurídica

5 “Art. 110: Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.” (Disponível em: <https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/CP%20italiano.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2023)

6 “§ 25. Autoría (1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por *si mismo* o a través de otro. (2) Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría).

§ 26. Instigación (inducción a delinquir) Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico.

§ 27. Complicidad (1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico. (2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1.” (Disponível em: <https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/CP%20alem%C3%A3o%20%28em%20espanhol%29.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2023)

7 “Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

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

8 ALFLEN, *Universitas Jus* 25, p. 15 ss.

em face dos demais e em conjunto, inclusive, com princípios regentes do Direito Penal, considerando, portanto, a completude do ordenamento. Dessa maneira, consideram-se os arts. 29, 30 e 31 do Código Penal, além de princípios como o da legalidade e culpabilidade.

A parte inicial do art. 29 nivela todos que contribuem para o crime, seguido de uma relativização: na medida de sua culpabilidade. Ainda, não determina que sejam todos os participantes punidos como autores, não havendo qualquer prejuízo em puni-los como partícipes. Ademais, em seu § 1º, há uma redução da pena para os casos de participação de menor importância. Dessa forma, percebe-se que já seria possível defender que o Código Penal brasileiro adotaria a teoria diferenciadora para o concurso de agentes⁹. Nos arts. 30 e 31¹⁰ do Código Penal identifica-se, ainda, que certas circunstâncias não se comunicam e que determinadas formas de participação não são punidas, percebendo que os sujeitos não respondem por um mesmo injusto. Além disso, o princípio da legalidade proíbe punir um sujeito por conduta não tipicamente descrita.

Em vista disso, compreender a distinção entre autoria e participação no contexto jurídico brasileiro é crucial para uma aplicação justa e precisa da lei. Uma vez consolidado o entendimento que o ordenamento jurídico do Brasil reconhece que nem todo indivíduo que contribui para a realização de um crime pode ser considerado autor do delito, é necessário estabelecer claramente o que constitui autoria e como essa identificação pode ser feita em situações concretas. Nesse sentido, identificar o autor em um caso específico exige uma análise minuciosa das circunstâncias e do grau de participação de cada indivíduo envolvido.

Essa distinção, portanto, é fundamental para garantir que a responsabilidade penal seja atribuída de forma justa e proporcional, de acordo com os princípios pensados para o sistema jurídico brasileiro, o qual não apresentaria em seus artigos normas de diferenciação, caso não se buscasse um sistema diferenciador. Diversas teorias existem para tal: subjetivas, que elegem a vontade de realização típica como elemento diferenciador; formais objetivas, em que o autor realiza o verbo tipo, desconsiderando a autoria mediata¹¹; materiais, em que podemos encontrar a *autoria como domínio do fato*, usada apenas para crimes comissivos

9 GRECO e colaboradores, *Parte geral do Código Penal*, p. 44 - 50.

10 “Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.
Art. 31. 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.”

11 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Revista de Estudios de la Justicia* 10, p. 13 ss.

dolosos. Surge, conseqüentemente, um impasse quanto à determinação de autores em crimes omissivos e culposos.

Em crimes omissivos próprios, apenas é autor aquele que realiza o tipo, assim como nos comissivos. Por outro lado, será autor de crime omissivo impróprio quem tinha o dever especial de agir e podia exercê-lo, mas o infringiu, sendo tratado pela teoria dos delitos de dever¹². Essa teoria é usada para delitos especiais, nos quais autor é aquele que viola o dever especial (*intraneus*), ainda que não possua o domínio do fato, enquanto o partícipe será aquele que não possui a qualidade especial exigida (*extraneus*), mesmo que possua, no caso concreto, o domínio do fato.

Ressalta-se, contudo, que o *extraneus* pode ser punido pelo crime próprio, como previsto no art. 30 do CP, mas ainda como partícipe, respeitando o princípio da culpabilidade¹³. Já para crimes culposos, o agente não tem conhecimento (componente indispensável para o dolo), sendo impossível atribuir a ele o domínio do fato. Dessa forma, a doutrina dominante defende o conceito extensivo de autoria, em que não haveria diferenciação entre autor e partícipe a partir do preenchimento dos critérios de imputação objetiva. Entretanto, importa ressaltar que para alguns autores há a possibilidade de um conceito restritivo de autoria¹⁴. Esse fértil campo, contudo, não será explorado por não ser objeto do presente trabalho.

Finalmente, a participação pode ser descrita como uma contribuição acessória para a realização do fato típico de outrem. A conduta do partícipe é atípica e apenas apresenta ofensa a bens jurídicos por estar intermediada pelo autor. Dessa maneira, para que o partícipe seja punido, é preciso que o fato típico seja ao menos tentado (art. 31 do CP) e que haja uma norma de extensão de punibilidade que o alcance (no Direito brasileiro, ela está presente no art. 29 do CP).

A acessoriedade, ainda, admite gradação e uma respectiva classificação, prevalecendo no Brasil a acessoriedade limitada (conduta típica e antijurídica), pelo uso reiterado do termo *crime* nos artigos que disciplinam a matéria¹⁵. As formas de participação podem ser: psíquica (estímulo a uma vontade preexistente – instigação – ou fazer surgir uma vontade nova – induzimento) ou material

12 GRECO/TEIXEIRA, *Autoria como domínio do fato*, p. 62.

13 BATISTA, *Concurso de agentes*, p. 77 - 189

14 GRECO/TEIXEIRA, *Autoria como domínio do fato*, p. 63-64.

15 BATISTA, *Concurso de agentes*, p. 157 - 189

(colaboração causal, elevando o risco de resultado – cumplicidade ou auxílio)¹⁶. Ainda, a participação de menor importância (citada no art. 29, § 1º, do CP) não define critérios para a sua determinação, mas admite diminuição de pena. Enquanto isso, há casos de agravamento de pena, como os previstos no art. 62, I e II, do CP. Por fim, a participação dolosamente distinta está prevista no art. 29, § 2º, do CP.

2.1 Domínio do fato

Não há como discutir, contemporaneamente, distinção entre autoria e participação, sem que se depare à teoria do domínio do fato. Consolidado em 1963 como teoria diferenciadora pelo trabalho monográfico do autor alemão¹⁷, o conceito de domínio do fato populariza-se distorcidamente na jurisprudência brasileira como critério de responsabilização, em que se avalia a punibilidade do indivíduo, conferindo-se *domínio* a quem se pretende imputar certa conduta. Diante dessa imprecisão, serão analisados os fundamentos da teoria, as suas propostas primeiras e os critérios estabelecidos originalmente para a sua aplicação.

Sucintamente, antes de se adentrar às formas, denomina-se como autor aquele que figura centralmente o acontecer típico¹⁸, depreendendo-se que as formas de participação partem de uma extensão de punibilidade, cabíveis àqueles que, com base no critério estabelecido, não são autores, porém atuam na empreitada delituosa. Assim, a teoria fundamenta a concepção de que o autor de um delito é sempre o protagonista do evento típico.

2.1.1 As formas

A teoria possui apenas três aplicações clássicas: domínio do fato sobre a própria ação, domínio do fato por controle da vontade e domínio funcional do fato¹⁹. Descrevem-se, resumidamente, as formas a fim de delimitar os contornos da verdadeira teoria alemã e demonstrar como a aplicação brasileira por vezes distancia-se da tese original.

No *domínio da ação (autoria imediata)*, o controle sobre a realização do tipo penal pode manifestar-se no exercício direto e consciente de todas as etapas

16 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Revista de Estudios de la Justicia* 10, p. 13 ss.

17 ROXIN, *Autoría y dominio de hecho en derecho penal*.

18 LEITE, *Domínio do fato ou domínio da posição?*, p. 37.

19 ROXIN, *Autoría y dominio de hecho en derecho penal*, p. 133-294.

necessárias para um delito. Por exemplo: o autor imediato é quem realiza diretamente a ação criminosa, independentemente de agir por conta própria ou sob ordens.

A segunda modalidade é o *domínio da vontade (autoria mediata)*, caracterizada pela instrumentalização de um terceiro. Essa forma de autoria mediata engloba três formas delimitadas, conforme descrito a seguir.

A primeira está vinculada à coação sobre o executor direto, força que faz do executor um instrumento do autor mediato, que comanda a situação, fato que o torna detentor do domínio do fato. A segunda modalidade surge diante do erro do autor direto causado pelo homem de trás, abrangendo desde o erro de tipo até o erro de proibição evitável. Mesmo que tais equívocos não excluam ou atenuem o dolo ou a culpabilidade do executor, configuram-se como suficientes para fundamentar a autoria mediata, desde que o instigador detenha um conhecimento superior, possibilitando-lhe o controle sobre o executor. O terceiro fundamento manifesta-se por meio do domínio de uma organização verticalmente estruturada, *dissociada do ordenamento jurídico*, na qual o emissor de ordens é o verdadeiro autor mediato dos atos praticados pelos executores, fungíveis, característica que assegura a execução da ordem²⁰.

Por fim, o *domínio funcional do fato (coautoria)* ocorre quando duas ou mais pessoas atuam coordenadamente em tarefas distintas para a realização de um crime. A coordenação e contribuição significativa de ambos os envolvidos configuram coautoria.

As conclusões podem ser resumidas da seguinte forma: *o propósito principal da teoria é estabelecer uma distinção entre autor e partícipe*, sem implicar em uma punição adicional que não seria aplicada de outra maneira. No ordenamento brasileiro, o problema surge quando se reconhece que o art. 29 do Código Penal não faz uma diferenciação clara. Em vista disso, adota-se um critério geral utilizado para determinar o conceito de autor, que consiste na figura central do acontecimento típico, enquanto o partícipe é aquele que não executa diretamente o tipo penal, sendo a sua punição condicionada a outros elementos. É importante ainda ressaltar que essa teoria não implica que o *mandante* seja considerado

20 Faz-se um comentário ao conceito dessa modalidade, diante da aplicação frequente no âmbito do tema deste trabalho. A terceira forma é reconhecida em estruturas totalitárias ou organizações criminosas, gerando intensos debates quanto à sua aplicação a empresas, notando-se que, inicialmente, é refutada a sua extensão a sociedades não dissociadas do ordenamento. O domínio da organização, frise-se, não se confunde com o domínio do fato, sendo apenas uma das manifestações da ideia de autoria do delito.

autor intelectual, tampouco que indivíduos em posições de comando sejam automaticamente considerados autores. Nesse sentido, a teoria não permite uma punição além do que já seria possível com base no art. 29 do Código Penal.

Portanto, a teoria do domínio do fato é uma abstração que orienta a construção das diferentes formas de autoria e de seus pressupostos mais concretos. A resolução de casos individuais ocorre por meio da aplicação desses pressupostos específicos. Conclui-se, assim, que, se alguém, ao utilizar a teoria do domínio do fato, chegar a uma punição mais severa do que seria possível apenas com base no art. 29 do Código Penal, há indícios de uma aplicação equivocada²¹.

3 Aplicação dos conceitos para responsabilização de dirigentes empresariais

3.1 Os crimes empresariais e o direito penal

Os crimes empresariais, divergindo-se das condutas individuais tradicionalmente reguladas pelo Direito Penal, apresentam a especificidade de serem aqueles cometidos por empresas ou por seus integrantes e representantes legais, no âmbito empresarial. Embora apresentem características próprias, evidentemente ofendem em alguma medida a sociedade, tanto no âmbito econômico quanto no social, apresentando lesões evidentes a diversos bens jurídicos, sejam eles supraindividuais ou individuais de efeitos transindividuais (como a livre concorrência, a propriedade intelectual e o meio ambiente), as quais justificam a tipificação²². Nesse íterim, é patente o questionamento quanto à possibilidade de aplicar uma frente do Direito pensada para condutas e sanções pessoais a uma emergente configuração em que os crimes são cometidos sob a organização plural de sociedades empresariais, visto que as suas ações e omissões têm impactos tão ou mais profundos no cotidiano dos cidadãos.

Assim, a aplicação do Direito Penal, originalmente concebido para indivíduos, e não para organizações, é um tema complexo e controverso. Como resultado, há, ainda, uma série de desafios relacionados a institutos que se adequam à persecução penal individual e enfrentam novas questões no âmbito empresarial. Primeiramente, evidencia-se dificuldade de identificar e responsabilizar os autores dos crimes, tema deste artigo, que ocorre, inicialmente, porque sociedades empresariais podem atingir complexos níveis de organização, com diversos de-

21 GRECO/LEITE, *Autoria como domínio do fato*, p. 18-21.

22 BADARÓ, *Criminalidade econômica em debate*, p. 169 ss.

partamentos e funções, horizontal ou verticalmente diagramados, o que dificulta a identificação e responsabilização dos autores, considerando-se que muitas vezes não há como rastrear as atividades de seus integrantes.

Além disso, emerge a complexidade de se provar a intenção, uma vez que as organizações empresariais não têm a mesma capacidade de pensamento e vontade que os indivíduos, sendo necessário localizar, no comando da conduta, uma pessoa. Isso evidencia a necessidade de se suprir a ausência de critérios para analisar, por exemplo, o dolo voltado à conduta reprimida. Nesse sentido, há uma insegurança imensa na responsabilização de integrantes de uma sociedade empresarial, vez que a empresa age como um todo, e a conduta criminosa, por sua vez, pode ser formada de várias menores participações, as quais direcionam as ações ou omissões da sociedade em direção contrária ao ordenamento jurídico. Assim, não há como se localizar precisamente de onde surgiu a ordem, a conduta e a criação de condições para a empreitada delitiva, o que torna o ambiente fértil para o surgimento de acusações genéricas, em que não se imputa individualmente uma conduta criminosa ao acusado, de forma específica²³.

Desse modo, a complexidade intrínseca desses delitos, a dificuldade de atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, a identificação das pessoas físicas responsáveis e que realizaram o crime, além das limitações da legislação, são obstáculos a serem superados. É fundamental uma abordagem cuidadosa e adaptada às especificidades desses crimes, visando à efetiva punição dos responsáveis e à proteção dos interesses sociais e da ordem econômica.

3.2 Responsabilização penal de dirigentes empresariais

Ressalvados os obstáculos para a criminalização de condutas ilícitas praticadas no âmbito empresarial, será analisada a maneira possível e coerente de realizar tal atividade.

Primeiramente, a dificuldade em imputar a conduta típica se dá pela pluralidade de agentes presentes em um mesmo contexto empresarial, somado à organização estratificada, que torna onexo causal um desafio. A imputação dar-se-ia de uma entre duas maneiras: comissiva, pela ação do ato ilícito pelo dirigente, ou omissiva. Na primeira, necessita-se de prova da conduta do dirigente, já ilícita se crime formal, e do conseqüente nexode causalidade ao resultado, em caso de crime material. Além disso, é preciso que fique demonstrado o elemento

23 PRATES, *Acusação genérica em crimes societários*, p. 17.

subjetivo do tipo, ou seja, o dolo do agente. Por outro lado, na segunda, o desafio reside justamente na imputação de responsabilidade ao dirigente, por omissão imprópria, de ato comissivo realizado por um terceiro. Para isso, devem ficar provados alguns fatores: a posição de garantidor do agente, a tipicidade da conduta que deveria ser evitada e a omissão quando existia possibilidade de agir, além da antijuridicidade e culpabilidade²⁴.

A análise quanto à posição de garantidor não é um pressuposto de todo dirigente sobre todas as atividades realizadas na empresa, devendo ser, o exame, casuístico, observando a organização de cada companhia e as responsabilidades diretamente ligadas a ele. A exemplo disso, aborda-se a dificuldade de se determinar tal posição em sociedades anônimas. Nesse sentido, a responsabilidade omissiva imprópria nessas sociedades poderia ocorrer pelo binômio liberdade-responsabilidade, que pode ser entendido como uma correspondência entre a liberdade de gerir coisas e pessoas para a realização dos objetivos empresariais e o dever de evitar que delas decorram danos a terceiros²⁵.

A dificuldade presente em sociedades anônimas se daria, principalmente, pela existência de dois órgãos societários responsáveis pela administração das atividades, Diretoria e Conselho de Administração, que funcionam em uma lógica horizontal, não em uma *relação hierárquica de subordinação*. Dessa maneira, os membros da diretoria se tornam os garantidores originários de vigilância, por suas atribuições, mas podendo, também, os membros do Conselho de Administração ocuparem posição de garantidores, a depender das competências atribuídas a eles.

Portanto, não se pode abrir mão de uma análise a partir da organização existente no Estatuto Social, mas principalmente da admissão de fato de uma posição de controle, afastando a responsabilização apenas pela posição formalmente ocupada na empresa²⁶. Deve-se, ainda, considerar o *direito de confiança*, que se refere à possibilidade de delegar responsabilidades a subordinados e até tratar de indivíduos corresponsáveis, principalmente em empresas de grande porte. Nesses casos, o nível de confiança depende da posição ocupada na organização e da preparação do indivíduo. Sendo assim, quanto menor a preparação e o poder do subordinado, maior será o dever de supervisão dos superiores, e vice-versa: quando o subordinado é altamente qualificado, o superior tem direito a uma con-

24 ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, p. 32-33.

25 ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, p. 32-33.

26 ESTELLITA, *REC 72*, p. 59.

fiança maior. A importância desse direito se torna ainda mais clara em sociedades organizadas de maneira horizontalizada²⁷.

Uma vez determinado que, de fato, o dirigente empresarial seria responsável, urge demonstrar a possibilidade de agir, devendo o acusado: (1) saber do fato ilícito e (2) ter possibilidade de impedi-lo. Para exemplificar tal cenário, tem-se a não solidariedade pelos atos cometidos entre administradores de sociedades anônimas. Contudo, todos possuem o dever geral de zelar pelo interesse da sociedade, devendo impedir qualquer ato ilícito ou contrário ao desejo da companhia de que tenham conhecimento, sob pena de responderem pelo ato omissivo (art. 158, § 1º, Lei nº 6.404). Dessa forma, percebe-se que deverá ser demonstrado que os administradores possuem conhecimento da prática de ato ilícito e a inércia de impedi-lo.

O objetivo, portanto, reside na culpabilização apenas com a demonstração: do dever especial de cuidado, do conhecimento do ato ilícito e da possibilidade de agir. Caso contrário, verificar-se-á uma responsabilização apenas pela posição de liderança ou cargo ocupado pelo agente.

4 Análise dos julgados

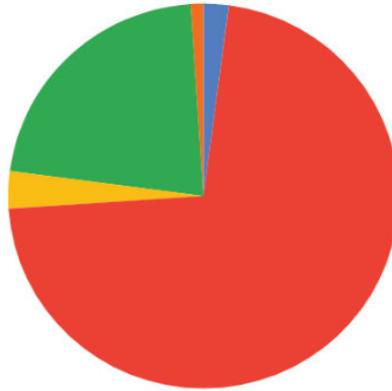
Com os desafios teóricos delineados nos capítulos anteriores, apresenta-se aqui em diante uma análise empírica dos julgados selecionados do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O objetivo é verificar como os conceitos desenvolvidos têm sido aplicados na prática. A análise busca identificar se há consistência nos critérios utilizados para a responsabilização penal e se os princípios da teoria diferenciadora são respeitados. Por meio dessa abordagem, espera-se mapear os padrões de decisão, as eventuais distorções na aplicação de teorias e os principais desafios enfrentados pelos Tribunais Superiores na delimitação das responsabilidades no contexto dos crimes empresariais.

Nesse sentido, buscou-se determinar os critérios utilizados pelos Tribunais Superiores para realizar a diferenciação entre autores e partícipes em crimes empresariais, quando são envolvidos os dirigentes. Com base nisso, a análise dos julgados coletados começou com a procura pela diferenciação da conduta dos dirigentes. Entretanto, apenas em quatro (HC 127397, HC 81295, AP 465 e AP 898/SC), de toda a amostra coletada, houve atenção para a discussão aprofundada.

27 FEIJOO SÁNCHEZ, *Liberdades* 9, p. 41-43.

Menção de autoria e participação na amostra coletada

- Sim (2,1%)
- Não (71,9%)
- Cita a complexidade em delimitar a autoria sem aprofundar a discussão (3,1%)
- Participação no sentido amplo do termo (21,9%)
- AP 470 (1%)

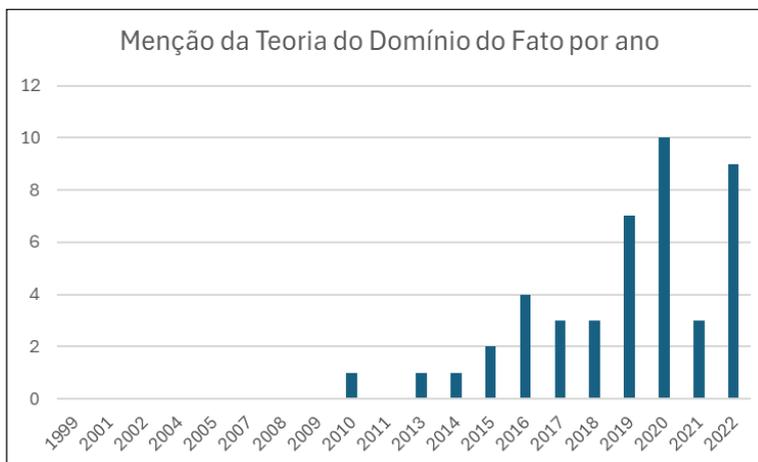


Fonte: Produzido pelos autores.

O que frequentemente aconteceu foi a citação de termos genericamente, os quais poderiam soar ambíguos quanto à posição de partícipe ou autor do delito, sem qualquer definição. Nesse sentido, percebe-se que frequentemente o termo *participação* aparece, mas podendo facilmente ser interpretado como *envolvimento*, ou seja, como alguém que concorreu para o crime, sem que seja determinada a maneira dessa atuação. Ou, ainda, cita-se a complexidade de delimitação da autoria, sem, contudo, aprofundar a discussão, culminando na rejeição da acusação genérica.

Em seguida, acreditamos ser válido explicitar uma segunda e subsidiária análise feita a partir da amostra coletada, sendo o principal tema discutido nos julgados: a acusação genérica usada para incluir os dirigentes ou superiores hierárquicos no polo passivo da ação penal. Os Tribunais Superiores não chegam à discussão buscada neste artigo justamente por se ocuparem, principalmente, da correção da responsabilização deficiente realizada nos tribunais inferiores. Dessa maneira, em 42 dos 96 casos houve trancamento da ação ou reconhecimento de inépcia da denúncia, baseado na sua formulação genérica, com falta de provas e sem individualização de condutas.

Ainda, em 44 dos 96 a acusação cita a teoria do domínio do fato para responsabilização do superior hierárquico, *sendo todos eles a partir de 2010*. Isso demonstra que essa teoria foi redescoberta no fim da primeira década desse século. Os motivos de tal fenômeno e a maneira como ela foi aplicada serão analisados no item 5.1 e pode ser ilustrado pelo gráfico a seguir.



Fonte: Produzido pelos autores.

É imprescindível ressaltar que alguns dos julgados analisados, 4 no total, envolvem cargos públicos, e não dirigentes empresariais. Entretanto, a decisão por incluí-los se baseia na semelhança de argumentos para responsabilizar superiores pelo cargo ocupado.

Por fim, em apenas dois dos casos recolhidos há decisão judicial pela responsabilização dos dirigentes. Contudo, em 33 há a decisão pelo acolhimento da denúncia, considerando que a conduta foi suficientemente definida. Entre esses casos, aqueles anteriores a 2010 compartilham de um argumento sedimentado até então: em crimes societários, a descrição detalhada da conduta dos denunciados não seria necessária (como o HC 122.450, p. 7).

Dessa forma, temos três resultados relevantes: o primeiro, e foco da pesquisa, de que não há discussão aprofundada e definição de critérios para a diferenciação da participação dos dirigentes em crimes empresariais; a segunda, que o STF e o STJ estão decidindo pela impossibilidade de responsabilização ou a de própria acusação sem que haja conduta específica ligada ao resultado típico, demonstrando o nexo causal, sendo repudiada a denúncia inepta; e o terceiro, que a teoria do domínio do fato começou a ser usada, equivocadamente, a partir de 2010, para a tentativa de responsabilização penal descabida de dirigentes empresariais. Portanto, podemos perceber que o erro em responsabilizar dirigentes empresariais (como demonstrado no terceiro resultado encontrado) sem comprovação de autoria e muito menos de dolo foi restaurado. Entretanto, um passo ainda faltante é o aprofundamento da discussão, para que haja atenção para a diferenciação entre a pluralidade de agentes.

4.1 Diferenciação nos resultados

Para exemplificar os pontos anteriormente abordados, dois casos da amostra ilustram a diferenciação encontrada. O primeiro cita a posição de partícipe do acusado, mas não se delonga no debate sobre a classificação. A AP 898/SC envolve a suposta prática de delito previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/1967, imputada a três corréus, sendo que um deles ocupava cargo de prefeito na época dos fatos. Segundo a denúncia, os indivíduos “utilizaram indevidamente recursos públicos, em proveito do primeiro, ao efetuarem pagamentos de despesas da Prefeitura [...]”²⁸ por meio da Fundação Hospitalar”. Ainda, segundo o *Parquet*, a fundação era uma espécie de *caixa 2* que destinava os recursos a empresas de publicidade e propaganda, radialistas e jornalistas, com o objetivo de dar visibilidade à gestão do prefeito.

Sobre a atuação do réu, o Ministério Público ressalta que a determinação para a prática dos delitos objeto da ação penal haveria sido do então prefeito, que possuiria o *domínio final*. Ainda, apresenta, em alegações finais, que “há nos autos elementos suficientes a autorizar a conclusão de que todo o esquema delitivo contou com a necessária *cumplicidade e anuência* do réu [prefeito], maior interessado na sua consecução”. A acusação concluiu também que o assessor haveria reconhecido a posição de mandante do prefeito pela seguinte frase: “Entre suas atribuições como chefe de gabinete, basicamente consta cuidar da agenda do prefeito”²⁹. Nesse sentido, o magistrado entendeu que o cargo ocupado não era suficiente para a imputação da conduta penal. Sustentou a ausência de prova de que o réu havia dado ordens para que os gastos da Prefeitura fossem arcados pela Fundação. Ainda, define não ser suficiente a alegação de que os ocupantes da *junta financeira* não seriam responsáveis pela análise, ordem ou aprovação de despesas do Hospital, devendo haver provas concretas da atuação do réu³⁰. Pode-

28 Nome próprio ocultado por [...].

29 “[...] o envolvimento de diversos agentes públicos, todos da confiança e bastante próximos ao alcaide; o caráter escancarado e público da forma de realização dos pagamentos; a exata correspondência entre os repasses ao nosocômio e os pagamentos ilegais; a ilicitude intrínseca das contratações e o fato delas terem beneficiado pessoalmente o prefeito, autorizam a conclusão de que os fatos criminosos estavam sob o seu domínio final. [...] Se agia na determinação de pagamentos, é certo que o fazia sob ordem do alcaide, de quem era o assessor mais próximo. O próprio [...] reconheceu isso, quando afirmou à autoridade policial que ‘entre suas atribuições como chefe de gabinete, basicamente consta cuidar da agenda do prefeito’. Nessa mesma linha de inteligência, tem-se que o Secretário de Finanças, o codenunciado [...], afirmou em sede policial que recebera ordens do então Chefe de Gabinete para efetivar determinados pagamentos via Hospital.” (STF, AP 898, 2ª Turma, J. 12.04.2016, Acórdão Eletrônico DJe-097 Divulg. 12.05.2016, Publ. 13.05.2016, p. 9 e 10)

30 “Constata-se, portanto, que não há prova concreta de participação do réu no delito em questão. Para considerá-lo como partícipe da conduta imputada, seria indispensável a demonstração, para além da dúvida, de que tenha

-se perceber que, na AP 898, a denúncia é julgada improcedente por não existirem evidências suficientes da contribuição do acusado para o delito, mas não são demonstrados os critérios para intitulá-lo como autor ou partícipe.

O segundo julgado escolhido para apreciação apresentou certa reflexão acerca da autoria delitiva, seguido da tentativa de responsabilização a partir da teoria do domínio do fato, resultando no trancamento pelo Superior Tribunal Federal. O HC 127397 narra o crime de evasão de divisas, em que a denúncia atribui ao paciente, então diretor-presidente da empresa, o concurso no crime. De acordo com o Ministério Público, o “cargo que lhe conferiria o domínio do fato concernente às principais ações das referidas empresas”, não sendo possível acreditar que as negociações (cerca de 1% do capital social) não seriam percebidas por ele³¹.

Desse modo, por mais que a *denúncia* cite a posição de mandante do diretor-presidente, não há discussão travada acerca de sua posição de partícipe. Além disso, os argumentos para a responsabilização encontram suporte apenas na hierarquia de seu cargo, sem que fique demonstrada qualquer conduta ilícita. Por não haver indícios que comprovem a tese de que “ele não somente teve conhecimento da prática do crime de evasão de divisas como também dirigiu finalisticamente a atividade dos demais acusados” (p. 36), o tribunal acorda em deferir o pedido de *habeas corpus* para determinar o trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia³².

efetivamente contribuído para o delito. Diversamente do que sustenta a acusação, o fato de a dita “junta financeira” não ser responsável por analisar, ordenar ou aprovar as despesas específicas do Hospital [...] não comprova que o réu, por cima dela ou por ordem a seus subordinados, tenha demandado que a Fundação [...] arcasse com gastos da Prefeitura. [...] Imputar a alguém uma conduta penal tão somente pelo fato de ocupar determinado cargo significa, na prática, adotar a responsabilização objetiva na esfera penal. Ao contrário. A responsabilização penal nos crimes comissivos impõe a regra de certeza acerca da conduta criminosa praticada, não podendo ser suprida por ilações, por mais coerentes ou lógicas que se apresentem, decorrentes da exclusiva condição de ser prefeito.” (STF, AP 898, 2ª Turma, J. 12.04.2016, Acórdão Eletrônico DJe-097 Divulg. 12.05.2016, Publ. 13.05.2016, p. 15)

31 “A denúncia contra o paciente, essencialmente, se lastreia na assertiva de que ‘não [seria] crível que lhe passassem despercebidas negociações tão vultosas [aproximadamente cinco milhões de dólares], que montavam a cerca de 1% de todo o capital social do grupo.’” (STF, HC 127397, 2ª Turma, J. 06.12.2016, Processo Eletrônico DJe-169 Divulg. 01.08.2017, Publ. 02.08.2017, p. 3)

32 “Com efeito, não basta invocar que o paciente se encontrava numa posição hierarquicamente superior para se presumir tivesse ele dominado toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre a prática do crime de evasão de divisas, sua interrupção e suas circunstâncias, máxime considerando-se a estrutura das empresas das quais era diretor-presidente, as quais eram dotadas de uma diretoria financeira no âmbito da qual se realizaram as operações ora incriminadas.” (STF, HC 127397, 2ª Turma, J. 06.12.2016, Processo Eletrônico DJe-169 Divulg. 01.08.2017, Publ. 02.08.2017, p. 36)

Ainda, nesse julgado, é possível perceber uma discussão acerca da delimitação da posição de partícipe a partir da citação de pontuais debates realizados na Ação Penal nº 470. A exemplo disso, tem-se referenciado, da página 34 a 47, o voto que aborda a explicação do agir como partícipe e como autor em suas diversas formas, havendo uma discussão mais aprofundada no tema da diferenciação. A partir disso, ressaltou-se que a teoria poderia ser aplicada apenas se houvesse indício de que o paciente conhecia as condutas criminosas e dirigia finalisticamente as atividades dos demais³³. Por fim, o julgado relembra o perigo na presunção de conhecimento apenas pela posição hierarquicamente superior³⁴.

Percebe-se, assim, a impossibilidade de definir os critérios de diferenciação utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, para a delimitação dos papéis de autoria e participação, pela necessidade dos órgãos julgadores de impedir a própria ação penal baseada em uma denúncia carente de provas.

A partir disso, passa-se para a análise de outro ponto relevante: o uso da teoria do domínio do fato pelos tribunais. Basicamente, o que se busca explorar a seguir é a seguinte questão: se não houve discussão relevante acerca da diferenciação dos agentes do crime, então por que e para que a referida teoria vem sendo citada nos julgados criminais?

5 Imprecisões no uso da teoria do domínio do fato pelos Tribunais

A partir da pesquisa conduzida, emerge uma constatação contundente: a teoria que buscava estabelecer critérios para a forma de imputação da responsabilidade, autoria ou participação e, por isso, poderia figurar neste texto como um uso de técnica diferenciadora de autor e partícipe, passou a ser especialmente aplicada a líderes de sociedades empresariais em contextos criminais complexos, como critério de uma responsabilização penal falsamente justificada pelo alegado *domínio do fato* detido pelo réu.

33 “Logo, não haveria nenhum óbice, no caso concreto, a que a denúncia invocasse a teoria do domínio do fato para validamente lastrear a imputação penal deduzida contra o paciente, desde que se apontassem indícios convergentes no sentido de que ele *não somente teve conhecimento da prática do crime de evasão de divisas como também dirigiu finalisticamente a atividade dos demais acusados.*” (STF, HC 127397, 2ª Turma, J. 06.12.2016, Processo Eletrônico DJe-169 Divulg. 01.08.2017, Publ. 02.08.2017, p. 47)

34 “Mas o caso, penso que é extremamente relevante, até porque amanhã ou depois qualquer um de nós pode estar respondendo por um contrato de licitação que foi feito no âmbito de uma corte. ‘Ah, mas o diretor-geral que assinou’. Não, mas o presidente do tribunal tinha que saber, o Procurador-Geral da República tinha que saber. Presume-se que sabia. Ele tem o domínio do fato. É disso que se trata aqui neste caso.” (STF, HC 127397, 2ª Turma, J. 06.12.2016, Processo Eletrônico DJe-169 Divulg. 01.08.2017, Publ. 02.08.2017, p. 17)

O emprego equivocado da teoria pelos tribunais de instâncias iniciais é demonstrado pela significativa quantidade de recursos, nos âmbitos do STJ e do STF, em que se pleiteia a correção da aplicação da teoria, seguida de consequente extinção da ação penal por ausência de justa causa.

Assim, o que deveria ser uma abordagem criteriosa para determinar o grau participação efetiva de um dirigente em empreendimentos delitivos tem gradualmente se transformado em um substituto para provas concretas. Nesse sentido, a essência da teoria tem sido interpretada de maneira insegura, comprometendo a sua proposição original, minando a presunção de inocência e a integridade do processo judicial³⁵.

Essa abordagem equivocada torna absolutamente insegura juridicamente a ocupação de cargos de comando em sociedades empresariais, vez que prescinde de critérios para responsabilizar penalmente tais indivíduos, constatada a conduta criminosa em qualquer patamar do âmbito da sociedade. Configura-se, nesse ínterim, uma espécie de responsabilização dos dirigentes pelo *domínio da posição*, ou seja, imputam-se condutas a indivíduos pela posição ocupada na organização de determinada sociedade empresarial³⁶.

Em resumo, ocupar uma posição de comando não é suficiente para tornar nenhum indivíduo autor das condutas realizadas por seus subordinados. A teoria do domínio do fato, aliás, é mais restritiva ao conceito de autor do que o próprio art. 29 do Código Penal, só sendo possível classificar como autor o dirigente que emite uma ordem em uma estrutura que atenda aos requisitos do domínio da organização (estrutura organizada, dissociada do Estado, em que há fungibilidade do executor), ou pela coautoria – sendo comandos diretos a subordinados em uma sociedade empresária legal considerados pela teoria, invariavelmente, como participação³⁷.

Desenhada essa situação, no entanto, percebe-se que o emprego equivocado da teoria, descrito até o momento, encontra o seu fim em instâncias superiores. Nota-se, assim, que a responsabilização por domínio da posição é rechaçada pelo STJ e pelo STF, os quais majoritariamente assentem com a argumentação no sentido de extinção da ação penal, por ausência de justa causa. Essa questionável aplicação, resultando em uma verdadeira imputação objetiva, fica clara, por

35 GRECO/LEITE, *Autoria como domínio do fato*, p. 30.

36 GRECO/LEITE, *Autoria como domínio do fato*, p. 19-45.

37 GRECO/LEITE, *Autoria como domínio do fato*, p. 27-30.

exemplo, em alegação do Ministério Público, em que se considera existir dolo do dirigente pela “qualidade de administrador da empresa”, ao tratar do responsável pela gestão empresarial³⁸. Tal alegação, no entanto, encontra refutação no mesmo acórdão ao entender que a teoria, por si só, não supre a ausência de elementos que comprovem o nexo de causalidade, demonstrando que o entendimento do Tribunal se alinha com uma aplicação acertada³⁹.

Os resultados indicam que as instâncias superiores, ao corrigirem o provável deslocamento na aplicação da teoria do domínio do fato cometido pelas primeiras instâncias, desenham um entendimento que exige uma descrição efetiva da conduta do dirigente empresarial para que ele seja responsabilizado criminalmente. Assim, resultados que inicialmente indicavam uma potencial violação a princípios da responsabilização penal são devidamente corrigidos, o que, entretanto, não deixa de representar uma barreira na efetiva aplicação do Direito Penal em contextos de sociedade empresárias, vez que essa aplicação não pode dispensar critérios de segurança jurídica desde o seu início.

Nesse sentido, portanto, o conceito jurídico de domínio do fato não deve funcionar como um respaldo para a responsabilização penal. Pelo contrário, enfatiza-se que esse conceito é a razão pela qual a responsabilização deve ser efetivada seguindo requisitos específicos para cada tipo de autoria: imediata, mediata ou coautoria. Destaca-se que a aplicação dessas distinções analíticas funciona apenas quando se adota integralmente um sistema diferenciador e um conceito restritivo de autor⁴⁰.

38 “[...] a presença do dolo na conduta do ora agravado, uma vez que, na qualidade de administrador da empresa, era o único responsável pela gestão empresarial, incluindo a arrecadação de tributos, ou seja, tinha o efetivo poder de comando [...] considerando que o ora agravado, na qualidade de responsável pela gestão empresarial, também foi o único beneficiado com a ação executada pela sua contabilidade, anuindo com a prática de métodos escusos, que lhe favoreceram na restituição do Imposto de Renda, deixando de cumprir com seu dever de fiscalizar os dados inexatos lançados, não há dúvidas de que assumiu o risco de produzir os resultados danosos.” (STJ, AgRg-REsp 1.874.619/PE, 6ª Turma, J. 24.11.2020, DJe 02.12.2020)

39 “Observa-se, portanto, que a referida teoria opera em um plano de abstração e funciona como uma ratio, a qual é insuficiente, por si mesma e se conceitualmente considerada, para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É insuficiente e equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado aos fatos, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo (comprovação da existência de um plano delituoso comum ou a contribuição relevante para a ocorrência do fato criminoso).” (STJ, AgRg-REsp 1.874.619/PE, 6ª Turma, J. 24.11.2020, DJe 02.12.2020)

40 LEITE, *Domínio do fato ou domínio da posição?*, p. 46.

5.1 Análise do marco temporal da Ação Penal nº 470 (*Mensalão*)

A evidente Ação Penal nº 470 apareceu constantemente entre os resultados, tanto como portador direto das palavras-chave utilizadas quanto como precedente nos demais, o que comprova a sua relevância no assunto. O caso foi palco de julgamento de políticos e empresários por acusações de lavagem de dinheiro, *caixa dois* e demais casos de suposta corrupção. O documento que reúne milhares de páginas não pode ser analisado integralmente nas poucas páginas disponíveis nesse artigo, mas seria impossível ignorar o impacto do julgado no uso da teoria analisada.

Sumariamente, é possível verificar que a teoria do domínio do fato foi aplicada de maneira equivocada, tendo repercussão nos anos seguintes, com as citações, nas denúncias e decisões, em julgamentos de crimes empresariais. Principalmente com a utilização da modalidade do *domínio da organização*, a teoria se transformou em um artifício usado para a culpabilização de agentes pelo cargo ocupado, o chamado *domínio da posição*⁴¹.

Como já abordado, a teoria é utilizada para crimes comissivos dolosos, sendo um desentendimento aplicá-la para crimes omissivos impróprios, pela inércia do dirigente, ou, ainda, em casos em que não fica demonstrado o dolo do acusado. Para o primeiro caso, ficou demonstrado, no capítulo terceiro, como a culpabilização deve ocorrer, sem que seja necessária a aplicação imprecisa da teoria alemã.

Além disso, deve ser usada conjuntamente à demonstração de tipicidade objetiva e subjetiva da conduta do autor e a respectiva modalidade e comprovação da conduta do partícipe, em casos de crimes comissivos dolosos. A atribuição de responsabilidade de superiores por meio de argumentos como *ele era o chefe do grupo, então tinha domínio do fato*, demonstra o desconhecimento da teoria, que acaba sendo aplicada para um suposto delito omissivo⁴².

A ampliação desse mecanismo causa insegurança frente à errônea aplicação do ordenamento jurídico, sendo que aquele que ocupa posição hierarquicamente superior se torna automaticamente responsável por todos os crimes cometidos por seus subordinados. Dessa maneira, retifica-se o que foi dito anteriormente: não há uma ampliação da teoria, mas sim uma autônoma modificação, em que se men-

41 LEITE, *Domínio do fato ou domínio da posição?*, p. 22

42 GRECO/LEITE, *Autoria como domínio do fato*, p. 41 e 42.

ciona a tese para conduzir uma responsabilização carente de material probatório, descuidando-se do debate apropriado sobre autoria e participação dos agentes.

Outrossim, se o *chefe do grupo* fosse punido como autor apenas pelo induzimento de determinada conduta típica, esse grupo deveria atender aos critérios utilizados para a classificação como *domínio da organização*⁴³ (e é nesse momento que o Mensalão traz mais um equívoco). Como já explicado no segundo capítulo, essa modalidade atribui a autoria a líderes de organizações paraestatais e criminosas, mas não organizações regulares que cometem delitos (como empresas e partidos políticos). A alteração, novamente, causa insegurança jurídica e possibilidade de responsabilização objetiva, sendo necessária apenas a ocupação de um cargo hierarquicamente superior para que se responda criminalmente. Sobre o tema, o HC 136250 traz, em suas páginas 10 e 11, que o superior apenas poderá ser responsabilizado se souber que a ordem dada será cumprida de forma ilícita, não se encontrando em situação de ilicitude apenas por dar certo comando ou delegar determinada função (atos lícitos).

As modificações criadas nessa ação penal causaram impacto nos demais: já foi demonstrado que todas as menções à teoria do domínio do fato encontradas na pesquisa foram após o ano de 2010. Além disso, dos 11 casos que mencionam a AP 470, apenas 2 não citam também a referida teoria, usando-as como precedentes na validação de argumentos com fraco embasamento probatório e teórico. Entretanto, o que os números da pesquisa mostram é que os Tribunais Superiores reconhecem os deslizos e criam um posicionamento diverso, rejeitando acusações genéricas a partir do trancamento de ação e acolhendo a grande maioria dos *habeas corpus* impetrados nesse sentido.

Isso pode ser ilustrado com a maior porcentagem de casos sendo decididos pela não responsabilização de dirigentes ou superiores hierárquicos a partir de denúncias genéricas ou com carência de prova. A argumentação frequentemente encontrada foi a de que não seria possível submeter o acusado a uma ação penal apenas pela posição hierárquica ou dever de saber, devendo haver indícios de dolo (AP 905-QO, p. 14).

43 GRECO/LEITE, *Autoria como domínio do fato*, p. 41.

5.2 Implicações práticas para a responsabilização deficiente dos dirigentes empresariais

Vale, por fim, ressaltar as consequências da ausência de critérios definidos para responsabilizar penalmente dirigentes de sociedades empresariais, seja como autores, seja como partícipes da empreitada delitiva.

Inicialmente, observando-se o conceito, o objetivo e a função do direito penal econômico, corre-se o risco de ofender o próprio bem jurídico que se buscava tutelar⁴⁴. Isso é posto vez que a atmosfera de insegurança ao redor das posições de comando em sociedades empresárias faz com que seja impossível conduzir as atividades de tais sociedades com a higidez esperada pelo direito, considerando-se que a falta de critérios para delimitar quais condutas são aprovadas e reprovadas faz com que o assentamento de expectativas, tarefa primordial do ordenamento, seja extremamente enfraquecido. Em outras palavras, não há como ocupar um cargo de comando em uma empresa de forma responsável, sem que se saiba exatamente o que o direito proíbe que seja praticado, ou exige que não seja omitido, tornando a atividade inviável e/ou o afastando profissionais capacitados⁴⁵. Essa ausência de clareza e critérios sólidos no âmbito do direito penal econômico gera um cenário complexo e problemático. Neste contexto, a incerteza se torna um fator desfavorável para o desenvolvimento saudável das atividades empresariais, pois prejudica a tomada de decisões fundamentais e o estabelecimento de padrões éticos claros dentro das organizações.

Ademais, a reflexão sobre a atuação de dirigentes de sociedades empresariais no âmbito do direito penal econômico também remete, como descrito no artigo, à questão da responsabilidade individual. Sem critérios bem definidos, a determinação da culpabilidade por autoria ou participação nas infrações torna-se subjetiva e passível de interpretações diversas, influenciando negativamente a atividade do ambiente de negócios. Investidores e empreendedores procuram locais onde as regras são claras e a aplicação da lei é previsível. A ausência de critérios bem estabelecidos para responsabilização penal afasta a possibilidade de a atividade empresarial ser conduzida de maneira íntegra, prejudicando a própria higidez do sistema econômico.

Neste contexto, torna-se evidente a necessidade de uma abordagem mais precisa no desenvolvimento e na aplicação do direito penal econômico. É fun-

44 ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, p. 33.

45 ESTELLITA, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, p 33.

damental que se busque o equilíbrio entre a proteção do interesse público, a responsabilização justa e a previsibilidade das regras. A definição clara de condutas ilícitas, bem como a distinção entre diferentes graus de envolvimento, contribuiria profundamente para uma abordagem mais justa e eficaz no combate a infrações no âmbito empresarial, promovendo ao mesmo tempo a confiança no ordenamento jurídico e a saúde do ambiente de negócios. Portanto, urge a reflexão e a reforma no campo do direito penal econômico para garantir que dirigentes empresariais sejam responsabilizados de maneira adequada e coerente, sem comprometer a segurança jurídica nem desestimular a atividade econômica.

Conclusão

Realizada a pesquisa, constatou-se pela impossibilidade de delimitação da extensão dos tipos penais, com a definição dos critérios de diferenciação para a responsabilização de dirigentes empresariais entre autores ou partícipes em crimes empresariais. Isso se deu, principalmente, pelo uso equivocado de conceitos da teoria do domínio do fato pelos juristas. Esses erros basilares engessaram as discussões acerca do tema, visto que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça precisaram se concentrar em corrigir os equívocos das instâncias inferiores e das próprias acusações, não sendo possível avançar na discussão. Contudo, essa lacuna no sistema de persecução penal gera insegurança para aqueles que exercem tais posições.

Ademais, foi realizada uma análise do impacto da Ação Penal nº 470 sobre a amostra coletada, sendo possível defini-la como um marco temporal para o uso da teoria escolhida. Entre os principais resultados, pode-se trazer que a totalidade de casos que menciona a teoria do domínio do fato aparece após 2010. Além disso, importante também frisar que as teses trazidas no caso Mensalão repercutiram nos julgados seguintes, sendo, contudo, barradas pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, pelo uso equivocado da teoria.

Referências

- ALFLEN, Pablo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras. *Universitas Jus*, Brasília, v. 25, n. 2, p. 15-33, 2014. DOI: 10.5102/unijus.v25i2.2826.
- BADARÓ, Tatiana. Bens jurídico-penais supraindividuais e o direito penal econômico. In: BRODT, Luiz Augusto Sanzo (org.). *Criminalidade econômica em debate*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018. p. 169-190.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e participação no Direito Penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 77-189.

CÓDIGO Penal alemão. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_02.pdf. Acesso em: 25 ago. 2024.

CÓDIGO Penal italiano. Gazzetta Ufficiale. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codicePenale>. Acesso em: 22 jun. 2023.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Autoria y participacion. *Revista de Estudios de la Justicia*, [s.l.], n. 10, p. 13-61, 2018.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedade anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 33 e p. 75-172.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal por omissão dos membros de conselhos de administração de sociedades anônimas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 72, p. 53-82, 2019.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 9, p. 26-57, 2012.

GRECO, Luís; HORTA, Frederico *et al.* *Parte geral do Código Penal: uma proposta alternativa para debate*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 44-50.

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; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, p. 19-45, 2014.

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; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *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 ou domínio da posição?* Autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016, p. 27-55.

PRATES, Renato Martins. *Acusação genérica em crimes societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 17.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio de hecho en derecho penal*. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 42-49, 133-294.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2. ed. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña e outros. Madrid: Civitas, t. I, p. 176-189, 1997.

Conflito de intereses

Os autores declaram a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre os autores:

Ana Carolina de Souza Tognarelli | *E-mail*: anacaroltog@gmail.com

Graduanda em Direito (UFMG).

João Vitor Alexandrino Viana | *E-mail*: joaoviana11@yahoo.com

Graduando em Direito (UFMG).

Recebimento: 05.03.2024

Aprovação: 10.12.2024