



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VICTOR TRAJANO DE ALMEIDA RODRIGUES

**O USO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA PUNIÇÃO DO
GESTOR EMPRESARIAL COMO REFLEXO DO EXPANSIONISMO
PENAL IRREFLETIDO**

Recife

2021

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VICTOR TRAJANO DE ALMEIDA RODRIGUES

**O USO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA PUNIÇÃO DO
GESTOR EMPRESARIAL COMO REFLEXO DO EXPANSIONISMO
PENAL IRREFLETIDO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Área de concentração: **História do pensamento jurídico**

Linha de pesquisa: **Historicidade das ideias penais**

Orientador: Prof. Dr. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão**

Recife

2021

RESUMO

O Direito Penal expandiu-se e a repressão à criminalidade econômica tornou-se o principal foco das tendências criminalizadas na modernidade. Com o objetivo de evitar a impunidade dos poderosos, o processo de responsabilização penal sofreu flexibilização e facilitação no sentido de atribuir a autoria aos gestores empresariais. A teoria do domínio do fato, nesse contexto, restou importada pelos Tribunais brasileiros com o aparente desiderato de facilitar a responsabilização penal no âmbito da criminalidade empresarial. A presente pesquisa teve o objetivo, portanto, de averiguar a compatibilidade da aplicação da teoria do domínio do fato, a partir dos critérios axiológicos estabelecidos por Roxin, no processo de responsabilização penal dos gestores empresariais de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foi preciso, de início, investigar as causas e as consequências do expansionismo penal que conduziram à tendência de facilitação de punição penal da criminalidade econômica com a invocação da teoria do domínio do fato. Em seguida, fez-se pertinente analisar as concepções teóricas anteriores à própria teoria do domínio do fato. Em um terceiro momento, considerando que nenhuma das referidas concepções solucionaram efetivamente a problemática da responsabilização da autoria mediata, analisou-se a teoria do domínio do fato construída por Roxin, de modo especial os critérios axiológicos eleitos no sentido de distinguir autoria de participação. Por fim, com base na análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões, restou testada a hipótese de que a teoria do domínio do fato está sendo utilizada equivocadamente pelos tribunais pátrios para justificar a condenação criminal dos gestores empresariais em casos cujas provas da conduta seriam insuficientes a fundamentar uma sentença condenatória, isto é, a referida teoria está sendo empregada com o fim de solucionar déficits probatórios. Após identificar os equívocos na responsabilização do autor mediato dos crimes empresariais de acordo com a teoria do domínio do fato, apresentou-se alternativas compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro que possibilitam a responsabilização penal dos gestores empresariais pelos crimes cometidos a partir da pessoa jurídica.

Palavras-chave: Expansionismo penal; Teoria domínio do fato; Autoria mediata; Crime empresarial.

ABSTRACT

Criminal Law has expanded and the repression of economic crime has become the main focus of criminalized trends in modernity. In order to avoid impunity for the powerful, the process of criminal liability was made more flexible and easier in the sense of attributing authorship to business managers. The theory of domination of criminal acts, in this context, was imported by the Brazilian Courts with the apparent intention of facilitating criminal liability in the context of corporate crime. The present research had the objective, therefore, of verifying the compatibility of the application of the theory of domination of criminal acts, based on the axiological criteria established by Roxin, in the process of criminal liability of business leaders in accordance with the Brazilian legal system. Therefore, it was necessary, at first, to investigate the causes and consequences of penal expansionism that led to the tendency to facilitate penal punishment of economic criminality with the invocation of the theory of domain of fact. Then, it was pertinent to analyze the theoretical conceptions prior to the theory of domination of criminal acts itself. In a third moment, considering that none of the referred conceptions effectively solved the problem of accountability of mediate authorship, the theory of domination of criminal acts constructed by Roxin was analyzed, especially the axiological criteria chosen in the sense of distinguishing authorship from participation. Finally, based on the analysis of the precedents of the Federal Supreme Court, the Superior Court of Justice and the Federal Regional Courts of the 1st, 2nd, 3rd, 4th and 5th Regions, the hypothesis that the theory of domination of criminal acts is being tested remained. mistakenly used by the Brazilian courts to justify the criminal conviction of business managers in cases where evidence of conduct would be insufficient to substantiate a condemnatory sentence, that is, the referred theory is being used in order to solve evidential weakness. After identifying the mistakes in the accountability of the mediate perpetrator of business crimes in accordance with the theory of mastery of the fact, alternatives compatible with the Brazilian legal system were presented that enable the criminal liability of business managers for crimes committed by the legal entity.

Keywords: *Penal expansionism; Theory of domination of criminal acts; Mediate authorship; Business crime.*

ZUSAMMENFASSUNG

Das Strafrecht hat sich ausgeweitet und die Unterdrückung der Wirtschaftskriminalität ist zum Schwerpunkt kriminalisierter Trends in der Moderne geworden. Um Straffreiheit für die Mächtigen zu vermeiden, wurde der strafrechtliche Verantwortlichkeitsprozess flexibel und erleichtert, um Führungskräften die Urheberschaft zu übertragen. Die Tatherrschaftstheorie blieb in diesem Zusammenhang von den brasilianischen Gerichten mit dem offensichtlichen Wunsch importiert, die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Kontext mit der Geschäftskriminalität zu erleichtern. Die vorliegende Studie hatte daher das Ziel, die Vereinbarkeit der Anwendung der Tatherrschaftstheorie auf der Grundlage der von Roxin aufgestellten axiologischen Kriterien im Prozess der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmensleitern nach dem brasilianischen Rechtssystem zu überprüfen. Zu diesem Zweck war es zunächst notwendig, die Ursachen und Folgen der Überkriminalisierung zu untersuchen, der zu der Tendenz führte, die strafrechtliche Bestrafung der Wirtschaftskriminalität unter Berufung auf die Tatherrschaftstheorie zu erleichtern. Dann war es relevant, die theoretischen Konzepte vor der Tatherrschaftstheorie selbst zu analysieren. In einem dritten Moment, wenn man bedenkt, dass keine dieser Konzepte das Problem der Verantwortlichkeit des Täterschaft effektiv löste, wurde die von Roxins konstruierte Tatherrschaftstheorie analysiert, insbesondere die axiologischen Kriterien, die gewählt wurden, um Täterschaft von Gehilfe zu unterscheiden. Schließlich ausgehend von der Analyse der Präzedenzfälle des Bundesverfassungsgerichtes, des Bundesgerichtshofs und der Bundesobergerichte der 1., 2., 3., 4. und 5. Regionen bleibt getestet die Hypothese, dass die Tatherrschaftstheorie irrtümlicherweise von brasilianischen Gerichten verwendet wird, um die strafrechtliche Verurteilung von Unternehmensleitern zu rechtfertigen, wenn die Beweise für ein Verhalten nicht ausreichen, um eine Verurteilung zu begründen, das heißt die genannte Theorie wird verwendet, um Beweisdefizite zu beheben. Nachdem die Missverständnisse in der Verantwortlichkeit des Täterschafts von Wirtschaftskriminalität gemäß der Tatherrschaftstheorie identifiziert wurden, wurden Alternativen vorgestellt, die mit dem brasilianischen Rechtssystem vereinbar sind und die strafrechtliche Haftung von Geschäftsführern für Verbrechen ermöglichen, die von dem Unternehmen begangen wurden.

Schlüsselwörter: Überkriminalisierung; Tatherrschaftstheorie; Täterschaft; Unternehmenskriminalität

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL	16
2.1 Causas do expansionismo penal.....	19
2.2 Consequências do expansionismo penal	32
2.3 Reflexos do expansionismo penal na criminalidade econômica	39
2.4 Compreensão científica do conceito de bem jurídico como possível freio ao expansionismo penal	41
3. CONCURSO DE PESSOAS E RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO AUTOR: DOUTRINAS ANTERIORES À TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	49
3.1 Concurso de pessoas: problemáticas e pontos de partida	50
3.2 Teorias relativas à valoração do fenômeno criminoso quando concorrem diversos agentes.....	52
3.2.1 Teoria pluralista	52
3.2.2 Teoria Dualista.....	53
3.2.3 Teoria Monista.....	54
3.3 Teorias referentes à valoração da conduta individual de cada agente em hipótese de concurso de pessoas	55
3.3.1 Sistema unitário de autoria: fundamentos e críticas.....	56
3.3.2 Teoria extensiva: fundamentos e críticas	62

3.3.3	Sistema diferenciador (ou teoria restritiva) de autoria: fundamentos e críticas.....	65
3.3.3.1	<i>Teoria objetivo-formal</i>	66
3.3.3.2	<i>Teoria objetivo-material</i>	68
3.3.3.3	<i>Teorias subjetivas</i>	71
4.	TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	76
4.1	Origem e desenvolvimento dogmático da teoria do domínio do fato.....	77
4.2	A teoria do domínio do fato em Roxin.....	81
4.2.1	Autoria direta como domínio da ação.....	83
4.2.2	Autoria mediata como domínio da vontade.....	84
4.2.3	Coautoria como domínio funcional.....	93
4.3	Críticas à teoria do domínio do fato.....	96
5.	A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO BRASIL	99
5.1	A aplicação da teoria do domínio do fato pelos tribunais brasileiros no âmbito da criminalidade empresarial.....	101
5.2	Críticas à utilização da teoria do domínio do fato na punição dos superiores hierárquicos no âmbito da criminalidade empresarial.....	109
5.3	Sem a teoria do domínio do fato, como evitar a impunibilidade dos superiores hierárquicos no âmbito da criminalidade empresarial.....	120
6	CONCLUSÃO	125
	REFERÊNCIAS	131

1. INTRODUÇÃO

Em que pese o Direito Penal seja classicamente reconhecido pelo seu caráter de *ultima ratio*, o que se vê atualmente é a ampla incidência deste ramo do Direito nas mais diversas relações sociais. Hoje, toda e qualquer forma de relação humana está sujeita à incidência do Direito Penal: desde os simples atos do cotidiano de um cidadão comum até as decisões de líderes políticos e de gestores de grandes empresas.

O Direito Penal Moderno expandiu-se; seu alcance é infinitamente maior que o do Direito Penal Clássico. Vive-se, hoje, um verdadeiro fenômeno de hipertrofia do Direito Penal (sobrecriminalização ou *overcriminalization*).

Dita expansão é ainda mais perceptível no âmbito do Direito Penal Econômico. Há não muito tempo, os delitos econômicos não costumavam ser punidos com o rigor e a frequência demandada pela sociedade, em que pese causassem graves danos ao Estado. Por questões (pressões) político-sociais, o Direito Penal tornou-se o principal instrumento de reação intensa à criminalidade econômica.

Em linhas gerais, o cerne do debate político-criminal contemporâneo é que os crimes econômicos (crimes de cavalheiros, *Kavaliersdelikte*) afetam gravemente as bases do Estado de bem-estar, no entanto, em razão do sentimento de compreensão (e até mesmo de simpatia) enraizado na lógica do funcionamento social, não são (ou ao menos não eram) suficiente e proporcionalmente reprimidos pelo ordenamento jurídico-penal.

Nesse contexto que o Direito Penal, utilizado como um dos meios de reação intensa à criminalidade, ocupou-se da criminalidade econômica como o legítimo e o mais urgente objeto da contemporaneidade.

Essa reflexão não se limita à dogmática, vai além. Alcança os tribunais e reflete na jurisprudência brasileira. Para bem ilustrar esse panorama, destaque-se trecho do voto do

ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054/SC perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal: “O Brasil, como todos nós sabemos, tem um sistema punitivo que alterna truculência e impunidade. Nós, frequentemente, somos muito duros com os mais pobres e extremamente mansos com os mais ricos”¹.

No mesmo sentido, segundo pesquisa divulgada no *site* Valor Econômico “Sócios, diretores e gerentes foram condenados criminalmente em 82% dos casos que chegaram à Justiça, mesmo sem provas diretas da participação deles nos atos ilícitos”². Ao se analisar os fundamentos de acórdãos condenatórios em face de pessoas que ocupam função de mando perante entidades públicas e privadas, a impressão que se tem é que se tornou comum invocar a posição hierárquica e o dever de evitar o resultado como prova cabal de responsabilidade, como “prova” (leia-se, “argumento”) suficiente a fundamentar um decreto condenatório.

A compreensão lógica empregada nesses acórdãos, em síntese, é a seguinte: certa empresa provocou determinado resultado danoso (por exemplo: dano ambiental, tributário etc.). Havia determinado funcionário (geralmente o que ocupava a cúpula da hierarquia) que tinha a responsabilidade de evitar o resultado em razão do cargo que ocupava, eis que, na função que ostentava detinha o domínio final de todo o acontecer fático, tinha o poder de mando e o dever de conhecimento dos riscos. Como o resultado veio a se concretizar, dito funcionário deve ser responsabilizado criminalmente, a partir da teoria do domínio do fato.

Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma necessidade de sempre se encontrar culpados quando houver a produção de um resultado danoso. Na prática, é como se a teoria do domínio do fato

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Recurso Extraordinário nº 591.054/SC**. Pleno. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 16.04.2015.

²AGUIAR, Adriana. Executivos são condenados em 82% dos casos levados à esfera criminal. **Valor econômico**, 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/08/23/executivos-sao-condenados-em-82-dos-casos-levados-a-esfera-criminal.ghtml>>. Acesso em: 08 maio 2021.

servisse à responsabilização de um superior hierárquico, cujo comportamento não seria alcançado pelo Direito Penal, a não ser com o uso da referida teoria.

Esse raciocínio, aliás, parece funcionar como uma fórmula mágica, apta a fundamentar condenações em casos em que inexiste uma prova concreta no sentido de que determinado agente (que ocupa um alto cargo hierárquico) efetivamente agiu ou se omitiu para produzir o resultado criminoso ou para participar de eventual prática delituosa.

A presente pesquisa parte do pressuposto que a teoria do domínio do fato não serve para esse fim probatório que aparentemente vem sendo aceito pelos tribunais pátrios; não serve como meio de solucionar déficits probatórios no caso concreto. Não serve, no mesmo sentido, para demonstrar autoria delitiva, nem muito menos para permitir a responsabilização criminal de quem, sem o uso de tal teoria, não poderia ser condenado. Isto é, não serve para alargar hipóteses de responsabilidade penal.

Por essas questões de natureza acadêmica e, principalmente, pragmática (eis que se trata de um problema concreto que ultrapassa as academias, atingindo incontáveis réus em ações penais) é que se demonstra a pertinência da presente pesquisa.

O objetivo central da pesquisa, nesse contexto, foi o de averiguar a compatibilidade da aplicação da teoria do domínio do fato, a partir dos critérios axiológicos estabelecidos por Roxin, no processo de responsabilização penal dos superiores hierárquicos no âmbito da criminalidade empresarial. Em resumo, esta investigação buscou apresentar critérios de responsabilização penal da autoria mediata nos crimes empresariais compatíveis com o ordenamento brasileiro, sendo posta à teste, nesse sentido, a (im)possibilidade da aplicação da teoria do domínio do fato para este fim.

O que pode consubstanciar uma alternativa apta a preservar a correta aplicação das regras de imputação de responsabilidade penal frente ao desejo social e ao ímpeto dos tribunais

em punir cada vez mais, com provas cada vez mais frágeis, a criminalidade econômica (âmbito do Direito Penal mais sensivelmente afetado pelo expansionismo penal irrefletido).

Nesse sentido, foi testada a hipótese de que a teoria do domínio do fato está sendo utilizada equivocadamente pelos tribunais pátrios para justificar a condenação criminal no âmbito da criminalidade empresarial em casos cujas provas da conduta (omissiva ou comissiva) seriam, a rigor, insuficientes a fundamentar uma sentença condenatória, isto é, a referida teoria está sendo empregada com o fim de solucionar déficits probatórios.

Para tanto a pesquisa se fundamentou na metodologia hermenêutico-dedutiva em relação à análise das fontes doutrinárias, uma vez que a conclusão da pesquisa demandou de premissas teóricas com a finalidade de assegurar a sua criticidade.

Desta maneira pode-se afirmar que a metodologia se fundamentou na investigação por meio do pensamento lógico, isto é, a análise, a síntese e a observação crítica dos conteúdos. Nesse sentido, empregou-se, inicialmente, o método histórico-lógico no que se refere à análise epistemológica dos precedentes do tema escolhido, proporcionando, assim, sua caracterização e sua identificação.

Posteriormente, passou-se ao método analítico-sintético, que foi utilizado em todas as etapas da investigação, haja vista que proporciona os meios teóricos para a fundamentação das ideias e identifica elementos que possibilitam a compreensão dos conceitos restritos aos institutos essenciais da análise em exame.

Por fim, com o objetivo de promover o contato com a realidade empírica, também se utilizou do método indutivo para descrever os elementos que regem a teoria do domínio do fato, a partir da observação dos critérios axiológicos aplicados pelo sistema judiciário brasileiro nos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões, Superior Tribunal de Justiça e

Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de autores mediatos no âmbito da criminalidade empresarial.

Assim, dividiu-se a dissertação em quatro capítulos. No primeiro restou evidenciado o expansionismo do Direito Penal, suas causas e efeitos e, sobretudo, qual a sua relação com o elevado índice de condenação criminal no âmbito do Direito Penal Econômico. Restou constatada, ao final deste primeiro capítulo, a possibilidade da compreensão científica do bem jurídico servir como contenção ao desenvolvimento irrefletido do expansionismo penal.

Firme nestas premissas, na seção seguinte, antes de aprofundar-se efetivamente na teoria do domínio do fato, analisou-se as concepções teóricas referentes ao concurso eventual de pessoas anteriores à própria teoria do domínio do fato. Isso porque um dos principais reflexos do expansionismo penal irrefletido (marca da contemporaneidade, da atual sociedade de risco) é a relativização de regras de atribuição de responsabilidade penal. Nesse contexto, muitas teorias relativas ao concurso de pessoas tornaram-se objeto de constantes revisitações e reinterpretações, com o objetivo de construir, com mais facilidade em resposta à demanda social de alta repressão, hipóteses de responsabilização penal. Razão pela qual, antes de analisar a própria teoria do domínio do fato, fez-se pertinente compreender as concepções anteriores a ela.

Em seguida, considerando que nenhuma das concepções anteriormente examinadas deram conta de solucionar efetivamente a problemática da responsabilização da autoria mediata, analisou-se a teoria do domínio do fato construída por Roxin, de modo especial os critérios axiológicos eleitos no sentido de distinguir autoria de participação.

Por fim, investigou-se a compatibilidade da teoria do domínio do fato construída por Roxin com ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de, posteriormente, averiguar a forma como os tribunais pátrios vêm importando dita teoria no âmbito da criminalidade empresarial.

Com base nisso, foi possível, finalmente, identificar os possíveis equívocos na aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito da criminalidade empresarial, bem como propor alternativas, fundamentadas nas regras do ordenamento brasileiro, que possibilitam a responsabilização penal do autor mediato nos crimes empresariais.

6 CONCLUSÃO

O Direito Penal, assim como os demais ramos do ordenamento jurídico, é uma força viva em transformação. Constitui um instrumento a serviço da sociedade que não pode se acomodar. Ao contrário, deve adaptar-se às transformações sociais, evoluir e defrontar os novos riscos e ameaças que surgirem. Em poucas palavras, uma nova sociedade demanda um novo Direito, inclusive, Penal.

Durante muito tempo permaneceram adormecidas as preocupações da política criminal em reprimir a criminalidade econômica. Os crimes de cavalheiros (*Kavaliersdelikte*) ou crimes econômicos, em que pese causadores de elevados danos à sociedade, eram aceitos como inerentes à lógica do funcionamento social.

Contudo, o novo contexto histórico-social, o expansionismo penal, a demanda social de mais proteção (repressão), o fenômeno de hipertrofia de Direito Penal alteraram o paradigma do Direito Penal clássico. Hoje, a principal preocupação da política criminal é a repressão intensa à criminalidade econômica. Por isso que nas palavras de Silva Sánchez: “o Direito penal econômico constitui a ponta da lança das tendências criminalizadoras”³.

Como pôde se constatar, as principais causas do expansionismo penal são: a mudança do contexto histórico-social; a transformação dos anseios sociais; a reação doutrinária ao modelo minimalista do Direito Penal defendido por autores da Escola de Frankfurt; a inserção da vítima no sistema penal (movimento legislativo e jurisprudencial mais preocupado com a vítima do que com as garantias dos réus); a busca estatal por soluções fáceis aos problemas sociais por meio do Direito Penal; o aparecimento de novos interesses de proteção (bens jurídicos) e a revalorização dos antigos; a sensação social de insegurança; a utilização do

³SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Prefácio IN SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. vol.5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p.10.

Direito Penal como instrumento de uniformização do consenso social, ou seja, com fins pedagógicos e moralizadores; a sociedade de sujeito passivos; a tendência crescente de sempre procurar culpados, não mais se aceitando que eventuais eventos danosos podem ser frutos de casos fortuitos ou acidentes; por fim, a descrença nas outras instâncias de proteção (outros ramos do Direito).

Particularmente, o novo contexto histórico-social, somado à demanda social de mais repressão, à institucionalização da insegurança (real e sentida) e à utilização do Direito Penal como remédios às angústias sociais fizeram com que os delitos de resultado se tornassem ineficientes para tutelar as novas formas de interação humana. É dizer, diante da gravidade dos novos riscos da vida moderna, da elevada sensação de insegurança e da crença de que o Direito Penal deve proteger (preventivamente) a sociedade, não mais se pode esperar pelos resultados, deve-se reprimir as condutas anteriores à causação do dano. Nesse contexto, constata-se a principal consequência do expansionismo penal, qual seja, a tipificação cada vez mais acentuada dos crimes de perigo abstrato e dos delitos de dever.

O Direito Penal, classicamente repressivo, passa a assumir, cada vez mais, um papel preventivo, intimidador. Trata-se da antecipação do Direito Penal, ou ainda, da sua administrativização. Isso porque, em razão da elevada intolerância social aos riscos, o ordenamento penal que outrora voltava-se à repressão de condutas lesivas, passou a atuar em um estágio de proteção anterior à própria produção do risco, punindo condutas que, na maioria das vezes, não passam de um ilícito administrativo.

A principal consequência do expansionismo penal no que se refere aos crimes econômicos, por sua vez, é a relativização de garantias e de regras de imputação, a fim de alcançar a condenação daqueles que anteriormente não ocupavam os bancos dos réus. Em outras

palavras, é evitar a tão repudiada impunidade dos ricos, é facilitar o processo de responsabilização penal dos mais poderosos.

No entanto, como constatado estatisticamente ao longo desta pesquisa, os processos criminais têm majoritariamente como réus pessoas pobres e vulneráveis, e não a alta classe da sociedade. Com isso, a flexibilização de regras de imputação penal e a aplicação equivocada de teorias com o objetivo de facilitar a condenação da delinquência econômica, na verdade, atinge de forma mais rigorosa a criminalidade clássica, os mais vulneráveis.

Diante dos efeitos nefastos do expansionismo penal, constatou-se que a delimitação da legitimidade penal a partir da compreensão do conceito científico de bem jurídico pode consubstanciar um possível freio ao expansionismo penal irrefletido. Observou-se, também, que a mera compreensão de um conceito metafísico, como é o de bem jurídico, não tem o condão de, por si só, impor limites ao exercício do poder estatal, que é real e concreto. Mas, por outro lado, dita compreensão conceitual possibilita a construção de critérios epistemológicos indispensáveis à criação e à limitação dos tipos penais, assim como serve de instrumento legitimador de um Direito Penal moderado, crítico, funcional e com capacidade auto restritiva, isto é, limitado a proteger penalmente só aquelas expectativas essenciais cuja desproteção penal daria lugar a reações disfuncionais.

Firme no pressuposto de que um dos principais reflexos do expansionismo penal é a relativização de garantias penais-constitucionais e de regras de imputação da dogmática penal, sendo nesse contexto as teorias voltadas à identificação dos autores do fato criminoso (isto é, as teorias que versam sobre o concurso eventual de pessoas) objetos de frequentes revisitações e reinterpretções, analisou-se as principais concepções relativas ao concurso de pessoas.

No que concerne à valoração do evento criminoso quando nele concorrem diversos agentes foram abordadas as teorias monista, dualista e pluralista, sendo que a primeira

representa o modelo adotado no ordenamento jurídico brasileiro. No que se refere à valoração da conduta individual de cada gente em hipótese de concurso de pessoas, abordou-se as principais e mais relevantes concepções, tanto do ponto de vista histórico, quanto pragmático. Nesse sentido, partiu-se do sistema unitário, posteriormente, passou-se para a teoria extensiva e, por fim, para o sistema diferenciador em suas vertentes objetivo-formal, objetivo-material, subjetiva e, finalmente, teoria do domínio do fato.

Analisou-se, dessa forma, o desenvolvimento histórico da teoria do domínio do fato, desde a primeira vez em que o termo “domínio do fato” (*Tatherrschaft*) foi citado em 1915 por Hegler na monografia sobre “Os elementos do delito” (no original: *Die Merkmale des Verbrechens*), embora não o tivesse empregado com o sentido atualmente conhecido, até a construção de Roxin, em 1963, quando apresentou sua monografia intitulada “Autoria e Domínio do Fato” (no original: *Täterschaft und Tatherrschaft*) para habilitação como Professor Catedrático na Alemanha.

A partir do estudo dos critérios axiológicos desenvolvidos por Roxin, pôde-se concluir, de início, que dita teoria surgiu com a mesma pretensão de todas as teorias restritivas, a saber, distinguir, autoria de participação no concurso eventual de pessoas, não se tratando, portanto, de uma teoria que alarga as hipóteses de responsabilização penal. Constatou-se, também, que a teoria concebida por Roxin não tem a pretensão de se aplicar a todos os delitos, mas apenas aos delitos comissivos dolosos. Nos delitos de dever (ou delitos de violação de dever, *Pflichtdelikte*), nos delitos de mão própria e nos delitos culposos a autoria se determina com base em outros critérios, que não a teoria do domínio do fato.

Verificou-se, ainda, as três formas, e seus respectivos critérios de incidência, da manifestação da teoria do domínio do fato em Roxin, quais sejam: domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional do fato. Dentro da espécie domínio da vontade, analisou-se,

ainda, os quatro grupos que a compõe, bem como os respectivos pressupostos de aplicação, a saber: domínio da vontade por coação; domínio da vontade por erro; domínio da vontade por meio da utilização de menores e inimputáveis; domínio da vontade através de aparelhos organizados de poder.

Ao final da análise dos critérios axiológicos concebidos por Roxin para se aplicar a teoria do domínio do fato, bem como após algumas críticas em face dela tecidas, analisou-se a compatibilidade da referida teoria com o ordenamento brasileiro, bem como a forma como os tribunais pátrios vêm aplicando-a em seus julgados.

Nesse sentido, observou-se, além da incompatibilidade da referida teoria (construída para um sistema restritivo de autor, no caso o Alemão) com o sistema jurídico brasileiro, a desnecessidade da sua transposição para o ordenamento brasileiro, vez que sua aplicação, neste país, mais atrapalha do que facilita a identificação dos autores em hipótese de concurso eventual de pessoas.

Da análise da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais da 1º, 2º, 3º, 4º e 5º Região, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, pôde-se observar que a teoria do domínio do fato é utilizada para atribuir autoria em virtude do cargo de comando ocupado dentro de uma sociedade empresarial, isto é, o dirigente da empresa, por ocupar o mais alto cargo hierárquico, deve responder pelas ilicitudes eventualmente perpetradas pela empresa, sendo sua participação criminosa presumida face à invocação da teoria do domínio do fato.

Da análise desses julgados também se verificou a ausência de critérios que indiquem, no caso concreto, quando o agente tem ou não o domínio do fato. Para a jurisprudência, o agente, em linhas gerais, detém o domínio do fato simplesmente quando ocupa uma posição hierárquica de comando e, por ter poder suficiente de evitar um resultado, sempre será punido quando este vier a ocorrer.

A jurisprudência brasileira, como se percebeu da análise de diversos julgados, ignora os pilares sobre os quais Roxin construiu a teoria do domínio do fato, tendo importado a referida teoria com o objetivo de facilitar a punição dos crimes cometidos dentro de sociedades empresariais, considerando como autor mediato (e presumindo sua participação) o agente que ocupa o cargo hierárquico de comando dentro da empresa, geralmente, o sócio-administrador ou diretor.

Contudo, como também pôde-se observar, há escassos e recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de rechaçar a aplicação da teoria do domínio do fato no âmbito da criminalidade empresarial, mas não em virtude da inaplicabilidade da referida teoria aos crimes empresariais, e sim em razão da ausência de outros argumentos (além da teoria do domínio do fato) que justifiquem a responsabilização penal do gestor empresarial. Isto é, há precedentes das Cortes Superiores que rechaçam a condenação do gestor empresarial quando o único argumento da acuação é a teoria do domínio do fato.

De toda sorte, a principal conclusão a que se chegou foi a de que a teoria do domínio do fato, além de ser incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, mais atrapalha do que facilita a responsabilização penal do autor mediato no âmbito da criminalidade empresarial. A rigor, a mera aplicação do artigo 29, *caput*, do Código Penal é suficiente para alcançar a autoria mediata nos crimes empresariais, sendo absolutamente inservível a transposição da teoria do domínio do fato para este fim.

REFERÊNCIAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BRANDÃO, Claudio. **Bem jurídico e norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime**: Legal good and criminal norm: the function of the antinormativity on the crime theory. *Delictae revista de estudos interdisciplinares sobre o delito*. v. 3 n.4 (2018).
- BRANDÃO, Claudio. **Teoria jurídica do crime**. 6.ed.- 1 reimp. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.
- BRANDÃO, Claudio. **Tipicidade e Interpretação no Direito Penal**: Revista Sequência (Florianópolis), n. 68, p. 59-89, jun. 2014.
- BUSATO, Paulo César; CAVAGNARI, Rodrigo. **A teoria do domínio do fato e o código penal brasileiro**. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.9, n.17, p. 175-208, jul./dez. 2017.
- CARBONARI, Vlaiton Milani Viegas. **Autoria mediata no concurso de pessoas**: um estudo comparativo entre os conceitos de Roxin e Alflen à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. vol. 5, nº 1, 2017, pp.91-134.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Expansión del derecho penal y garantías constitucionales**. *Revista de Derechos Fundamentales*. Universidad Vina Del Mar. Num. 8 (2012), pp.45-76, 26 de nov. de 2012.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **La autoria em derecho penal**. Barcelona: PPU, 1991.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma dogmática de direito penal secundário. **Direito penal econômico e europeu**: textos doutrinários. V.1 Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- 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: **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 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: **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. GRECO, Luis; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: **Pena y estado**. Varios autores. Tradução: Elena Larrauri. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HEGLER. **Die Merkmale des Verbrechens**, ZStW 36, 1915.

HORMAZABAL MALAREE, Hernan. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho**: el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1992.

JABOKS, Günther. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de imputación**. 2. ed. Trad. Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Gonzales de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.

JÍMENEZ DÍAZ, María José. **Sociedad del riesgo e intervención penal**. Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología (em linha). 2014, núm. 16-08, p. 08:01-08:25. 09 de out. de 2014.

MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas**: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal parte general**. 8.ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Política criminal y nuevo Derecho Penal**: libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997.

RAMOS, Beatriz Vargas. Prefácio IN MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas**: delimitação entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murilo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Panóptica. Law E-Journal, nº 04, 2009, p.69-94, disponível em <www.panoptica.org>.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: **Estudos de direito penal**. ROXIN, Claus. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. In: **Estudos de direito penal**. ROXIN, Claus. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCOCUGLIA, Lívia. Claus Roxin critica aplicação atual da teoria do domínio do fato. **Revista Consultor Jurídico**, 01 de set. de 2014, 20h46. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2014-set-01/clus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>> . Acesso em: 02 de nov. de 2021, às 16h50.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Política criminal y persona**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. vol.5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11. ed. 2ª edición Castieliana. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yañez Pérez. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

Outras fontes

AGUIAR, Adriana. Executivos são condenados em 82% dos casos levados à esfera criminal. **Valor econômico**, 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/08/23/executivos-sao-condenados-em-82-dos-casos-levados-a-esfera-criminal.ghtml>>. Acesso em: 08 maio 2021.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020: ano base 2019**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020.

Crime tributários causam mais prejuízos que corrupção; País deixou de arrecadar R\$ 627 bi. **Ministério Público da Paraíba**, 25 set 2020. Disponível em: <<http://www.mppb.mp.br/index.php/90-noticias/ordem-tributaria/22759-crimes-tributarios-causam-mais-prejuizo-que-corrupcao-em-2018-pais-deixou-de-arrecadar-r-627-bi>>. Acesso em: 25 de set. 2021.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, 2021. Disponível em: < <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>>. Acesso em: 05 de out de 2021.

Posição hierárquica não fundamenta o domínio do fato. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de nov. de 2012, 08h28. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/posicao-hierarquica-nao-fundamenta-dominio-fato-explica-claus-roxin>> . Acesso em: 07 de nov. de 2021, às 17h01.

Teoria do domínio do fato é usada de forma errada. **Revista Consultor Jurídico**, 11 de nov. de 2012, 11h30. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-11/claus-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf>> . Acesso em: 02 de nov. de 2021, às 16h48.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Ação Penal 470/MG**. Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 17.12.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus nº 102.087**. Segunda Turma. Relator para acórdão: Gilmar Mendes. Brasília, 21.08.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Recurso Extraordinário nº 591.054/SC**. Pleno. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 16.04.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus nº 127397**. 2ª Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 02/08/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Habeas Corpus nº 136.250**. 2ª Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 22/08/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Apelação na Ação Penal nº 975**. 2ª Turma. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 02/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Ação Penal nº 987**. 2ª Turma. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 08/03/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo: **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 138637**. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22/10/2020.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 111023/BA**. 5ª Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 23/08/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: **Recurso Especial nº 1854893/SP**. 6ª Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 08/09/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1874619/PE**. 6ª Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 24/11/2020.

Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo: **Apelação criminal nº 0003492-13.2016.4.01.3803**. 4ª Turma. Relator convocado: Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado. Brasília, 18/11/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo: **Apelação criminal nº 0048382-80.2015.4.01.3800**. 4ª Turma. Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro. Brasília, 24/11/2020.

Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação criminal nº 0002680-02.2008.4.02.5103**. 2ª Turma Especializada. Relator: Desembargador Marcello Ferreira de Souza Granado. Rio de Janeiro, 12.03.2020.

Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação criminal nº 0006509-71.2008.4.03.6102**. 11ª Turma. Relator: Desembargador Fausto Martin de Sanctis. São Paulo, 02.06.2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação criminal nº 0004177-92.2017.4.03.6110**. 5ª Turma. Relator: Desembargador Paulo Gustavo Guedes Fontes. São Paulo, 12.05.2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação criminal nº 5001463-84.2019.4.03.6181**. 5ª Turma. Relator: Desembargador Andre Custodio Nekatschalow. São Paulo, 14.05.2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação criminal nº 0009269-39.2008.4.03.6119**. 5ª Turma. Relator: Desembargador Paulo Gustavo Guedes Fontes. São Paulo, 07.06.2021.

Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação criminal nº 0805353-45.2017.4.05.8300**. Terceira Turma. Relator convocado: Luiz Bispo da Silva Neto. Recife, 14.01.2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação criminal nº 5004618-43.2018.4.04.7106**. 8ª Turma. Relator: Desembargador João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 10.11.2021.

Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Apelação criminal nº 00047245920164058100**. 1ª Turma. Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (convocado). Recife, 25/06/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Apelação criminal nº 08000198120184058401**. 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife, 13/10/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Apelação criminal nº 00007162720074058400**. 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife, 13/10/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 08170244920184058100**. 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. Recife, 20/10/2020.