

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

MARINA SANCHES ALENCAR DORES

**TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO SUBESPÉCIE DA TEORIA DO  
DOMÍNIO DO FATO E SUA APLICABILIDADE AO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

SÃO PAULO  
2023

MARINA SANCHES ALENCAR DORES

**TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO SUBESPÉCIE DA TEORIA DO  
DOMÍNIO DO FATO E SUA APLICABILIDADE AO ORDENAMENTO JURÍDICO  
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Pós-graduação de Direito Penal e Processual Penal, como requisito à obtenção do título de pós-graduação.

Orientador: Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte.

SÃO PAULO  
2023

Dedico à esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Dedico ao meu orientador, pelo suporte e dedicação no tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Dedico à minha família, pelo incentivo, apoio e amor incondicional de sempre.

E dedico a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu sincero e eterno agradecimento.

*Aos meus pais e minha irmã, fontes de amor e apoio.  
Aos meus avôs (in memoriam), saudades eternas.  
Às minhas queridas avós, por nos manter unidos.*

## RESUMO

Na ponderação acerca da tradicional Teoria do Delito, uma tônica que detém extrema importância e merecido destaque é o tratamento ditado aos diversos agentes que intervêm no fato delitivo. Diante de tanto, no tocante aos crimes praticados por mais de um sujeito, caracterizando o então concurso de pessoas, a discussão que permeia há anos reflete na dúvida acerca da distinção dos sujeitos autores do delito e aqueles que são considerados meros partícipes de atividade delitiva. Assim, o presente ensaio se destina a analisar a nova forma de criminalidade que assola a realidade brasileira, objetivando comprovar que a tradicional teoria objetivo-formal, ainda aceita de forma majoritária no ordenamento pátrio, se revela cada vez mais insuficiente. Portanto, o intuito deste estudo é revelar que a Teoria do Domínio da Organização, subespécie da Teoria do Domínio do Fato, se demonstra adequada à aplicação em delitos cometidos tanto por organizações criminosas, Primeiro Comando da Capital – PCC, quanto por crimes praticados por organizações empresarias e pessoas jurídicas. Assim, o presente se propõe a expor a melhor aplicabilidade da Teoria do Domínio da Organização em detrimento às formas tradicionais de imputação de autoria, há muito utilizada como única solução na temática do concurso de autores. Por fim, o tema ora apresentado se revela de fundamental importância para o direito penal brasileiro, sobretudo diante da modernização dos métodos criminosos, principalmente no tocante aqueles praticados através de aparatos organizados de poder.

**Palavras-chaves:** Domínio da Organização. Autoria Mediata pelo domínio da organização. Coautoria. Organização criminosa. Criminalidade de empresa. Claus Roxin.

## ABSTRACT

In the consideration of the traditional Theory of Crime, a tonic that holds extreme importance and deserved attention is the treatment dictated to the various actors involved in the criminal act. In this regard, in relation to crimes committed by more than one person, characterizing what is known as joint criminal conduct, the discussion that has been going on for years reflects on the doubt about the distinction between the authors of the crime and those who are considered mere accomplices in the criminal activity. Therefore, this essay aims to analyze the new form of criminality that afflicts Brazilian reality, aiming to demonstrate that the traditional objective-formal theory, still accepted in a majority in the national legal system, is increasingly inadequate. The purpose of this study is to reveal that the Theory of Organizational Domain, a sub-species of the Theory of Domain of the Fact, is suitable for application in crimes committed by both criminal organizations, such as the Primeiro Comando da Capital – PCC, as well as crimes committed by business organizations and legal entities. Thus, this paper aims to expose the best applicability of the Theory of Organizational Domination in contrast to traditional forms of attribution of authorship, which have long been used as the only solution to the issue of joint criminal conduct. Finally, the theme presented here is of fundamental importance to Brazilian criminal law, especially in the face of the modernization of criminal methods, particularly those practiced through organized sources of power.

Keywords: Organization domain. Mediate perpetration through the organization's domain. Co-authorship. Criminal organization. Corporate crime. Claus Roxin.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. ORIGEM DA TEORIA DA ORGANIZAÇÃO.....</b>	<b>12</b>
1.1. Do Concurso de Pessoas e a Teoria do Domínio do Fato no sistema finalista .....	14
1.1.1. Autoria Direta .....	15
1.1.2. Autoria Mediata.....	16
1.1.3. Coautoria .....	17
1.2. Domínio do fato no sistema funcionalista-normativista .....	19
1.2.1. Tripartição Teórica .....	20
1.2.1.1. Autoria direta como domínio da ação.....	20
1.2.1.2. Autoria mediata como domínio da vontade.....	21
1.2.1.3. Coautoria como domínio funcional .....	24
<b>2. CONCURSO DE AGENTES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>26</b>
2.1. Teorias sobre o concurso de pessoas .....	26
2.2. Requisitos do Concurso de Pessoas .....	27
2.3. Autoria e Participação.....	29
2.3.1. Autoria .....	30
2.3.2. Participação .....	30

2.3.3. Coautoria .....	33
2.3.3.1. Coautoria no crime omissivo próprio .....	33
2.3.3.2. Coautoria parcial ou funcional .....	34
<b>3. A TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E SUA APLICABILIDADE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS .....</b>	<b>35</b>
3.1. Novas formas de organizações criminosas .....	39
3.2. Decisão orientada pelos tribunais superiores em organizações criminosas – PCC .....	43
3.3. A teoria do domínio da organização aplicada às organizações empresariais .....	47
3.3.1. Novas formas de organizações empresariais complexas .....	47
3.3.2. Decisões orientadas nos tribunais superiores à organizações empresarias pela teoria do domínio da organização .....	50
3.4. Combate à corrupção – Ação Penal 470/MG – Caso Mensalão .....	54
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>60</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

A globalização é um fenômeno que incide e remaneja diversos âmbitos da sociedade, inclusive o Direito. Não há como negar que a sociedade atual se revela extremamente dinâmica, e, com isso, um crescente desenvolvimento tecnológico é alcançado, possibilitando uma intensa interconexão de polos econômico-financeiros, por meio da utilização de recursos informáticos e telemáticos, acarretando uma rápida fluidez de capitais e informações. Ainda, cidadãos cada vez mais capacitados e qualificados são formados em suas áreas, devido à crescente especialização dos profissionais, em todos os setores de atuação.

Ocorre que a globalização não trouxe apenas avanços em campos positivos da sociedade. A criminalidade organizada também se utilizou das modernas transformações, promovendo o encontro de inovações tecnológicas com a captação de membros especialistas em diversos setores profissionais. Assim, a criminalidade passou de convencional, a um perfil de difícil padronização, contando com inúmeras formas de atuação e diferentes manifestações.

Tal mudança de paradigma, levou o direito tradicional à uma necessidade de modernização. As tradicionais formas de investigação criminal e de combate ao crime não mais condiziam com as novas formas de criminalidade organizada, uma vez que se tornaram, de certo modo, ineficientes diante de todo o aparato organizacional que as organizações criminosas hoje dispõem.

Os últimos 25 (vinte e cinco) anos foram caracterizados por ações gradativamente mais organizadas em todo o mundo, com ramificações nos mais distintos tipos de ações delitivas, como, por exemplo, narcotráfico, tráfico internacional de pessoas órgãos, tráfico de armas, extorsão, corrupção, formação de milícias, lavagem de capital e muitos outros. Necessário salientar que, não obstante o caráter empresarial, as organizações criminosas têm cooperado entre si e formado verdadeiros conglomerados transnacionais viabilizadores de crimes.

Com o intuito de diminuir a impunidade frente às novas formas de criminalidade, a Teoria do Domínio da Organização, espécie da Teoria do Domínio do Fato (gênero), delimitada, sobretudo, por CLAUS ROXIN, em 1963, tem conquistado cada vez mais sucesso no âmbito internacional, como, por exemplo, no julgamento de Alberto Fujimori, ex-presidente do Peru, quando essa Teoria fora aplicada com excelência, servindo de paradigma à expressiva parcela da comunidade latina.

Assim, a Teoria do Domínio da Organização passou a ser ponderada como via segura no que diz respeito à imputação da autoria em atividades delitivas e, deste modo, fora exportada para além do ordenamento alemão, sendo aplicada em diversas outras nações. Diante de uma nova sociedade extremamente globalizada, a problemática se instaura em profusos panoramas, ainda mais no tocante à crescente dificuldade da responsabilização jurídico penal dos participantes de fatos delitivos, sobretudo a possibilidade de se imputar a posição de autor da atividade criminosa a dirigentes das grandes sociedades empresárias ou membros da alta cúpula das organizações criminosas (como o PCC – Primeiro Comando da Capital), ainda quando o executor final do ato delitivo resta-se punível.

No tocante a possibilidade de adoção da Teoria do Domínio do Fato e conseqüente Domínio da Organização, linha defendida no presente ensaio, doutrina e jurisprudência ainda divergem sobre o tema. Todavia, inegável reconhecer que os tribunais superiores vêm se utilizando dos ensinamentos de ROXIN, sobretudo após o emblemático julgamento da Ação Penal 470/MG, que ficou conhecida como “Caso Mensalão”.

Frente às tantas divergências ainda sobre o tema, o presente estudo fora elaborado com o escopo de expor que a tradicional teoria objetivo formal, adotada de forma majoritária no ordenamento jurídico penal, não mais se resta suficiente para solucionar questões de imputação de responsabilidade penal frente às novas formas de criminalidades surgidas nos últimos anos no país. Assim, o presente confia na Teoria do Domínio da Organização como a forma mais eficiente para elucidar eventuais dificuldades trazidas pela criminalidade moderna.

Ressalte-se que o estudo fora fundamentado em um estudo descritivo analítico, que se sedimentou em pesquisas à Constituição Federal, legislações infraconstitucionais, doutrinadores pátrios e estrangeiros, assim como jurisprudências nacionais de tribunais superiores, iniciações e artigos científicos, entre tantos outros, que sustentam posicionamentos contrários e favoráveis, visando o objetivo final de elucidar os diversos questionamentos acerca da problemática do tema ora analisado.

Para tal propósito, de proêmio foram realizadas considerações introdutórias acerca do tema, tal como sua origem e desenvolvimento ao decorrer do tempo. Ainda, foram analisadas as diferentes formas de autoria direta, mediata e coautoria, sob o enfoque do sistema finalista, bem como a tripartição teórica sob a óptica do sistema funcionalista-normativista. Posteriormente, o

terceiro capítulo fora destinado à elucidação do modelo de concursos adotado pelo Código Penal Brasileiro, indicando as divergências envolvendo as respectivas teorias sobre o assunto. O capítulo seguinte resta-se designado a demonstrar as novas formas de criminalidade organizada, como a estrutura desenvolvida pelo Primeiro Comando da Capital – PCC, bem como demonstrar o cabimento da aplicação da Teoria ora estudada a estas novas organizações. O quinto capítulo, por sua vez, expõe as atuais sociedades empresárias, assim como a possibilidade de adoção da Teoria às pessoas jurídicas. O sexto capítulo analisa o caso de enorme repercussão, no qual a Teoria ganhou notável destaque: a ação penal nº 470 – “Caso Mensalão. Por fim, ao último capítulo caberá as considerações conclusivas, já demonstradas ao decorrer dos capítulos antecedentes.

## 1. ORIGEM DA TEORIA DA ORGANIZAÇÃO

As novas modalidades no cometimento de delitos, em comparação aos crimes praticados quando da publicação do Código Penal Brasileiro de 1940, tem trazido à tona de forma cada vez mais insistente a figura do autor mediato no cometimento de infrações penais, mormente com o emblemático caso da Ação Penal 470/MG – mais conhecido como “Caso Mensalão”. Diante disso, grandes doutrinadores e juristas brasileiros defendem que a consagração da teoria do Domínio do Fato e sua subespécie Domínio da Organização merecem respaldo em nosso ordenamento jurídico, sobretudo no que diz respeito aos tratamentos da criminalidade de pessoas jurídicas e crime organizado.

A expressão “domínio do fato” surgiu pela primeira vez no âmbito do Direito Penal em 1915, exposta pelo alemão HEGLER, em sua monografia intitulada “Os elementos do delito”. Muito distinta da ideia sustentada hoje, HEGLER empregou os termos “domínio do fato” e “domínio sobre o fato” com o propósito de estabelecer um elemento da personalidade, inserido no próprio autor-sujeito do delito.

Posteriormente, no ano de 1939, o também jurista alemão HANS WELZEL, consagrou, em meio à criação do finalismo penal, uma concepção da Teoria amparada nos pressupostos da ação final, fundamentada não no resultado decorrente, mas sim na própria conduta do autor. Sob a óptica deste doutrinador, era considerado autor de uma conduta delitativa quem, mediante sua vontade final, conduzia ao acontecimento causal. Deste modo, o elemento diferenciador entre o autor de uma conduta e um mero partícipe era precipuamente dolo, isso é, a vontade de cometer o fato delitivo como seu próprio.

Ressalte-se que a Teoria do Domínio do Fato exposta por WELZEL para diferenciar coautoria e a participação estava atrelada à própria teoria do dolo, haja vista que em ambas se restava imprescindível que o autor possuísse a vontade incondicionada de que o resultado fosse alcançado.

Ao longo dos anos o tema passou a ser objeto de estudo e análise de diversos autores, os quais guardavam semelhanças e distinções entre eles. MARAUCH, por exemplo, se assemelhava a WELZEL ao sustentar que a Teoria do Domínio do Fato deveria ser adotada como critério de autoria em crimes dolosos, mas logo se distanciava deste, uma vez que acreditava que um agente,

para ser considerado autor de um delito, não necessitava obrigatoriamente estar participando fisicamente do resultado do crime. Deste modo, para MARAUCH a coautoria poderia ser imputada a quem somente emanasse as ordens e supervisionasse o curso da atividade, ainda que sem executar parte efetivamente.

GALLAS, de outro canto, acreditava que a distinção entre autor e mero partícipe se devia à própria realização da ação típica. Deste modo, a tipicidade seria o elemento diferenciador entre a conduta do autor e a do partícipe.

Todavia, necessário destacar que somente em 1963, a Teoria do Domínio do Fato fora delineada como hoje é mundialmente conhecida. O jurista alemão CLAUD ROXIN publicou na Alemanha sua obra intitulada “*Taterschaft und Tatherrschaft*”, que ganhou importância em todos os continentes, sobretudo Europa e América Latina.

ROXIN ecoou a teoria do domínio da organização pela então revista alemã *Goltdammer's Archiv*, por meio da qual adentrou na autoria dos delitos e domínio do fato, em Gotinja, com o escopo principal de apontar a responsabilidade individual dos superiores hierárquicos em casos de crimes praticados pelos Estados totalitários, atribuindo especial enfoque aos delitos decorrentes da 2ª Guerra Mundial, perpetrados pelo Estado alemão comandado por Adolf Hitler.

Nesse sentido, a Teoria do Domínio do Fato traz em seu núcleo o domínio da vontade – lado a lado ao domínio da ação e domínio funcional do fato – através do qual o tido “homem de trás” condiciona a vontade do homem da frente nas formas que se seguem: (i) domínio do erro; (ii) domínio da organização; (iii) domínio da coação, como será analisado oportunamente.

A Teoria do Domínio do Fato foi desenvolvida há 60 (sessenta) anos e até hoje é objeto dos principais debates no ordenamento jurídico pátrio relacionados à autoria no Direito Penal, bem como almeja estabelecer e delimitar a responsabilidade do “homem de trás” que, utilizando-se do poder de mando autônomo dentro de uma organização criminal, ordena a realização de fatos puníveis a serem executados por fatores igualmente responsáveis, sendo esses últimos, autores mediatos conhecidos na Alemanha como “autores de escritório”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. O Domínio por Organização como forma independente de autoria mediata. Revista Acadêmica de Direito Panóptica, n. 17, p. 69-94, Nov. 2009, 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/86>. Acesso: 09 de setembro de 2022.

Sob a óptica de ROXIN, o que viabiliza a realização das ordens na autoria mediata é, em seu bojo, o aparato organizador de poder. Pouco importa o instrumento, também denominado de executor material que, na maioria dos casos, já é comumente responsabilizado. ROXIN defende que o executor não tem o condão de realizar qualquer atividade decisiva na organização, posto que essa se aproveita de executores fungíveis. O domínio não está no executor do delito, mas sim no próprio aparato.

Ademais, o executor material e o “homem de trás” têm formas diversas de domínio do fato, que não se excetua, visto que aquele possui o domínio da ação, por dominar a execução do resultado, e esse, o domínio por organização, em razão de sua importância e prestígio decorrentes do poder dentro do aparato organizado, o que assegura a produção do resultado sem a necessidade de executar com as próprias mãos.

Para ROXIN, a garantia da produção de resultado é o que estabelece a autoria mediata do “homem de trás.” (ROXIN, 2009). Diferente dos casos de domínio da vontade por erro ou coação, o domínio por organização não é embasado por algum “déficit do instrumento”, mas positivamente em razão da posição do autor no acontecimento integral em que o “homem de trás”, por desfrutar do aparato e de sua posição de mando, pode ditar uma ordem e causar um resultado com grande segurança (ROXIN, 2009). Assim, uma vez que o executor material detém o pleno domínio da ação, revela-se maior garantia da produção do resultado, cuja ordem de cometimento foi dada pelo “homem de trás”.

### **1.1. Do Concurso de Pessoas e a Teoria do Domínio do Fato no sistema finalista**

A primeira aparição da expressão “domínio do fato” ocorreu em 1915, por HEGLER, embora o jurista atribuisse o domínio do fato integral (“*volle Tatherrschaft*”) como sendo um requisito material da própria culpabilidade. Destaque-se que, em sua tese, não havia ainda qualquer menção sobre a distinção entre a autoria e mera participação na atividade delitiva.

Sob a óptica de HEGLER, somente poderia agir de forma culpável o autor que detivesse o domínio sobre o fato típico. Ainda, acreditava que somente caberia a utilização da Teoria do Domínio do Fato aos crimes dolosos, uma vez que, para o jurista, o autor de um delito em sua

forma culposa seria qualquer agente que obtivesse um resultado típico não antes desejado, em decorrência de sua conduta que deixou de observar medida exigível de cuidado.

Portanto, o conceito de autoria, sob a óptica finalista, foi desenvolvido em meio à tripartição: autoria direta, autoria mediata e coautoria.

### **1.1.1. Autoria Direta**

Com o objetivo de delimitar a autoria em delitos dolosos, WELZEL se baseia em um critério adotado pelo Tribunal do Reich alemão: o da vontade do autor em cometer o fato delitivo como próprio. Deste modo, a mera vontade em praticar a ação delitiva como própria já bastava para imputar a determinado sujeito a autoria do crime.

Assim, o autor afirma que, para a delimitação da autoria do delito, resta-se imprescindível que os fatos objetivos e subjetivos sejam preenchidos. O primeiro diz respeito à necessidade de que o fato tenha sido efetivamente praticado pelo autor. Já o fato subjetivo corresponde ao domínio final do fato, como expõe PABLO ALFLEN:

Assim, para Welzel, possui o domínio do fato quem “é o senhor sobre sua decisão e execução e com isso o senhor sobre ‘seu’ ato, o qual ele realiza de forma conscientemente final em sua essência e existência”. No entanto, considera que o “domínio final do fato” (“finale Tatherrschaft”) não é o único critério necessário para determinar a autoria e concluir que a autoria em seu “conteúdo socialmente relevante” depende, ainda, de outros “momentos pessoais do autor”, a saber, os pressupostos objetivos e o momento subjetivo da autoria, como, por exemplo, a intenção de se apropriar ou tendências obscenas. Somente quando estes pressupostos existem o autor possui o “mais amplo domínio (não meramente final, senão também) social.”<sup>2</sup>

Posto isto, deduziu-se que, para a autoria direta ser configurada, necessário o preenchimento dos seguintes pressupostos: (i) pressupostos pessoais, os quais resultam da estrutura do tipo penal incriminador: (a) objetivos – como, por exemplo, a posição especial do dever do autor em alguns

---

<sup>2</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 89-90.

delitos, como ser mãe, ser funcionário público –; (b) subjetivos (as intenções especiais); (ii) pressuposto fático: o domínio final do fato.

Assim, na hipótese de ausência de algum dos elencados requisitos, a autoria direta não está preenchida. Por fim, sob a óptica de WELZEL, a autoria direta se consubstancia na efetiva realização de forma direta, e então voluntária e consciente, final do fato delitivo por um agente que preencha os pressupostos pessoais de caráter objetivo e subjetivo pelo tipo.

### 1.1.2. Autoria Mediata

WELZEL defende que para que a autoria seja imputada a um agente, não se resta necessário que o indivíduo execute a conduta delitiva em todas as suas fases pelas suas próprias mãos. Deste modo, assume que o agente pode se servir de meios mecânicos, como mãos de terceiros, para que o fim pretendido seja alcançado, desde que o pleno domínio do fato seja conservado consigo.

Assim surge a ideia de “homem de trás”. Por meio deste, o autor mediato se utiliza de outrem para a prática do fato, não deixando de possuir, contudo, a propriedade do crime. Destaque-se que o “instrumento” jamais pode deter o pleno domínio do fato, vez que, se assim o fosse, aquele que se encontra por trás se tornaria mero instigador ou indutor do fato, e não autor propriamente dito.

O autor alemão sustenta que, a autoria mediata pode estar configurada no caso de o instrumento ser um indivíduo que atua tanto de forma consciente quanto inconsciente, tanto punível quanto impunível, mas sempre assegurando que o autor mediato detenha o domínio integral do fato.

Sobre o tema, WELZEL aduz que:

(...) para a autoria mediata, de modo algum é exigível que o autor se sirva de um instrumento mecânico realmente eficaz, tendo em vista que ele pode adaptar em certa extensão a conduta final de outrem a sua atividade final, desde que conserve – ao contrário do outro – o domínio do fato abrangente sobre o fato integral.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*. In: \_\_\_\_\_. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: Walter De Gruyter, 1975. p. 164.

Sob os ensinamentos de ROXIN, o “*dominio de la acción*” é atribuído sempre a quem preenche as elementares do tipo, ainda que outra pessoa possua um domínio superior sobre o fato em relação aquele que o pratica com suas próprias mãos.

Certo é que, ainda que o instrumento humano possua o domínio da ação delitiva, é o “sujeito de trás” quem possui o pleno domínio da vontade, sobre quem incidirá o domínio do fato.

Ressalte-se que, visto que o autor mediato age realizando a vontade do “homem de trás” e, assim, sem consciência da ilicitude, uma vez que se encontra totalmente subordinado, os requisitos da culpabilidade devem ser relacionados a este último.

### 1.1.3. Coautoria

WELZEL sustenta que a coautoria se configura como a própria autoria, cuja diferença reside na ideia de que o domínio final do fato sobre a conduta delitiva encontra-se na posse não só de um agente, mas sim de um conjunto deles.

Deste modo, cada indivíduo não se configura como autor de uma parte apenas, mas, sim, coautor de um todo, de forma que cada um será responsabilizado pelo fato de maneira integral. Assim, a coautoria é consubstanciada pela realização compartilhada, entre vários indivíduos, dos atos parciais de uma decisão de ação executada por todos de forma conjunta, estando o domínio do fato com todos os membros do grupo conjuntamente.

Em suma, a autoria se configura como sendo uma “variedade de autores individuais” (“*mehrfache Alleintaterschaft*”), na medida em que “cada autor é por si mesmo em parte autor imediato e em parte mediato do fato integral” e “cada coautor possui o domínio final sobre o fato”(WELZEL, 1975),<sup>4</sup> visto que é “codetentor da decisão de praticar a conduta e contribui com a execução por meio de atos parciais engendrados finalisticamente, por conseguinte ele é coautor do todo e punível pelo todo”(ALFLEN, 2014)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. In: \_\_\_\_\_ *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: Walter De Gruyter, 1975. p. 170-171.

<sup>5</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014. p. 92.

Assim, considerando que cada coautor contribui para o sucesso total e final da empreitada criminosa, resta necessário que, não havendo situação de hierarquia entre os integrantes, cada um dos membros detenha o domínio final da realização do fato e, conjuntamente, utilizando-se da colaboração de todos os agentes do grupo, alcance o resultado almejado.

Portanto, tendo em vista que a conduta de cada coautor complementa a do restante do bando, para que a vontade conjunta seja realizada, cada integrante de forma individual responderá pela totalidade da ação delitiva executada.

WELZEL ressalta também que se resta prescindível que todos os integrantes preencham o verbo nuclear inserido no tipo penal incriminador ou executem as mesmas condutas, bastando que todos ajam dotados de ânimo pelo igual vínculo subjetivo. Se isso não ocorrer, pode estar caracterizada autoria colateral, mas não coautoria propriamente dita. De mesmo cenário, não se resta necessário a existência de prévio acordo entre os indivíduos, satisfazendo que um torne-se adepto à conduta dos demais para que a hipótese de coautoria esteja preenchida.

Necessário salientar que a coautoria pode ocorrer de três maneiras, através: (i) do coautor intelectual, (ii) coautor executor e (iii) coautor funcional.

O coautor intelectual, também nomeado popularmente de “coautor de escritório” ou “coautor de escrivania”, se refere ao indivíduo que possui o domínio da ação delitiva mediante o planejamento, a direção e organização da atividade exercida pelos demais integrantes do grupo. Sendo assim, é quem elabora, previamente e de maneira meticulosa, o plano de ação, sendo, em outras palavras, a *cabeça pensante* da operação.

O segundo, de outro canto, corresponde ao autor direto, visto que é quem realiza o verbo nuclear inserido no tipo penal incriminador.

Finalmente, o coautor funcional apesar de não executar o verbo nuclear do tipo penal, pratica ações que contribuem para o sucesso da empreitada delitiva. Assim, não se configura como mero partícipe do delito, haja vista que as tarefas a ele atribuídas são consideradas essenciais para que o objetivo pretendido pelo grupo seja alcançado.

Nos ensinamentos de Rangel Beto Araruna:

Em conclusão, sob o enfoque da teoria do domínio do fato, autor é tanto aquele que realiza o verbo núcleo do tipo, como quem, sem se fazer presente ao palco do crime, organiza e dirige a ação em sua globalidade, bem como o agente que, sem realizar nem uma nem outra conduta, desenvolve papel relevante para a consumação do delito.<sup>6</sup>

## 1.2. Domínio do fato no sistema funcionalista-normativista

Neste contexto, o principal aspecto se revela na concepção acerca do domínio da vontade e na configuração da autoria mediata. Contudo, a análise da segunda pressupõe o exame da primeira, ainda mais porque ambas são passíveis de reflexões e questionamentos.

De início, ROXIN critica a vagueza com que WELZEL lidou ao tratar da concepção do domínio do fato, o que resultou na resistência acerca da introdução e aceitação do tema. ROXIN (1994) sustenta que WELZEL apresentou o conceito “de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo”<sup>7</sup>.

Em vista disto, ROXIN lidera que, de proêmio, era necessário delimitar o exato conteúdo do domínio do fato. Para tanto, indispensável a análise de três perspectivas que orientam o desenvolvimento do saber teórico, sendo elas: (i) domínio do fato como conceito indeterminado; (ii) teoria do fato como conceito fixo e (iii) teoria do fato como conceito aberto.

O domínio do fato como conceito indeterminado evidencia a ideia sobre a individualização do direito, exposta por HEGEL. A partir desta, deve-se sempre nortear e priorizar a justiça a cada caso concreto. Desse modo, a percepção de domínio do fato, adicionado ao exame do fato concretizado, deveria bastar por si só, não necessitando de mais determinação de elementos abstratos e indeterminados.

A segunda perspectiva, de outro modo, se traduz na concepção de que a partir de seu emprego, resta-se cabível a resolução de qualquer caso isolado, por meio de um procedimento tido como dedutivo. Nas palavras de ROXIN (1994, p. 119), “pode-se falar em ‘conceito fixo’ quando

---

<sup>6</sup>ARARUNA, Rangel Bento. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará – A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil. p. 171. Acessado em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Cad-MP-CE\\_v.01\\_n.01\\_t.02.04.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.01_t.02.04.pdf). Acesso em 15 de dezembro de 2022.

<sup>7</sup> ROXIN, Claus. *Taterchaft und Tatherrschaft*, 6. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1994, p. 109.

ele permite se reportar conceitualmente a determinados elementos concretos abarcáveis por meio de um ato de subsunção aferível objetivamente”<sup>8</sup>.

Todavia, necessário ressaltar que, apesar da importância de ambas as perspectivas analisadas, nenhuma delas fora adotada pelo jurista, isso porque, a primeira fora julgada inaproveitável por ele por não ser capaz de resolver eventuais questões sobre autoria. A segunda, por sua vez, apresentava outra falha, sob a óptica do doutrinador, na medida em que seria impossível prever, de forma textual, todo e qualquer fato da vida humana para que fosse feita uma subsunção típica dos atos.

Deste modo, a teoria do fato como conceito aberto se traduziria como a mais adequada a ser utilizada, tendo em vista que corresponderia a um meio termo entre os extremos elencados, constituído por características fáticas e prescritivas, ditando diretrizes para a apreciação judicial.

Deste modo, ROXIN elabora seu parecer de domínio do fato respaldado no fundamento de que “o autor é a figura central” do fato típico mediado pela conduta. Assim, para o jurista, autor se configura como sendo o indivíduo que domina o fato, desempenhando papel decisório na realização do tipo penal. Com fulcro nessa ideia, o jurista defende uma ideia de domínio do fato fundada no tripé pautado pelos critérios de domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional, cada qual correspondendo à autoria e suas respectivas formas, isso é, autoria direta, autoria mediata e coautoria, respectivamente.

### **1.2.1. Tripartição Teórica**

Partindo-se da ideia central do fato típico explicitado anteriormente, ROXIN edifica um modelo tripartido de domínio do fato. Sob sua percepção, é possível que a autoria seja manifestada de três maneiras distintas: domínio da ação; domínio da vontade e domínio funcional.

#### **1.2.1.1. Autoria direta como domínio da ação**

---

<sup>8</sup> ROXIN, Claus. *Täterchaft und Tatherrschaft*, 6. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1994. p. 119.

A autoria direta ou individual como domínio da ação é atribuída ao autor que, utilizando-se de seus próprios atos, realiza a conduta típica. Assim, o agente por meio de sua conduta preenche os elementos contidos no tipo penal. Tal concepção se aproxima ao critério formal, tendo em vista que, quem realiza o verbo central do tipo penal incriminador age de maneira imediata.

### **1.2.1.2. Autoria mediata como domínio da vontade**

O domínio da vontade, de outro canto, se espelha quando o autor executa o fato por meio da conduta de um segundo indivíduo, que segue as diretrizes do primeiro. Contudo, resta-se imprescindível que este segundo indivíduo não esteja livre para exercer sua vontade própria, tendo em vista que, do contrário, ou seja, na hipótese de que este compreenda, mesmo que de forma insignificante, o juízo de seus atos, estaria configurado a figura do “homem de trás”, já exposta anteriormente.

Esta hipótese de domínio da vontade de um terceiro, de outro canto, pode ainda se manifestar de três maneiras: (i) indução do homem da frente a erro, (ii) coação exercida sobre o homem da frente, e (iii) domínio exercido por meio de um aparato organizado de poder.

A primeira é bem explicada por ALFLEN, em suas próprias palavras:

No tocante ao domínio da vontade em virtude de erro, Roxin faz uma divisão em quatro níveis possíveis. Tais níveis compreendem: a) o executor que age sem dolo (“ohne vorsatz”); b) o executor que age em erro de proibição (“verbotsirrtum”); c) o executor que erra sobre os pressupostos do estado de necessidade exculpante (“entschuldigenden notstandes”); d) o executor que age de forma “plenamente criminosa” (“volldeliktisch”)<sup>9</sup>.

A coação exercida sobre o homem da frente, por sua vez, eleita como a forma mais fácil de dominação segundo o jurista ROXIN, se constitui quando o autor mantém sob seu controle tanto o homem da frente, como o acontecimento fático em si, tendo, deste modo, o domínio do fato de maneira mediata em si mesmo. Em razão de tanto, ROXIN assevera que seja necessário

---

<sup>9</sup> ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014. p. 131.

sopesamento do princípio da responsabilidade, aplicando-o no que diz respeito ao autor (coator), e imputando-o responsabilidade pelo delito.

Finalmente, o domínio exercido por meio de um aparato organizado de poder, onde o domínio da organização ganha forma, objeto do trabalho ora em análise, quando esboçado por ROXIN, já fora baseado em acontecimentos concretos, os quais já haviam sido submetidos à apreciação judicial. A exemplo dele, os assassinatos em massa, acontecidos sobretudo nos campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial.

Como ensinado por GRECO (2014):

Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados. Isso significa que pessoas em posições de comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas são autores mediatos, o que está em conformidade não apenas com os parâmetros de imputação existentes na história, como com o inegável fato de que, em estruturas verticalizadas dissociadas do direito, a responsabilidade tende não a diminuir e sim a aumentar em função da distância que se encontra um agente em relação ao acontecimento final. Esse – e não, por exemplo, o número de vítimas ou o número de intervenientes – é o critério material que indica que o domínio do aparato organizado compensa a perda de controle relativa ao distanciamento em relação ao fato concreto (a morte de determinada pessoa, por exemplo). Os requisitos dessa forma de autoria mediata são, assim, a emissão de uma ordem a partir de uma posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada (1) e dissociada do direito (2), e a fungibilidade dos executores (3). O exemplo mais cristalino é o processo contra Eichmann, que inclusive serviu de paradigma a Roxin quando formulou a teoria, no início da década de 1960.<sup>10</sup>

No domínio por organização, o “homem de trás” configura-se como o núcleo da decisão da realização do fato delitivo, em razão de seu poder dentro do aparato organizado. O executor, por outro lado, “produz, em geral, de forma ocasional, a situação concreta de atuação. Ele não pode mudar mais nada de essencial no curso do acontecimento traçado pelo aparato, senão quando muito modificá-lo”, muito menos o fato de um executor recusar o cumprimento da ordem modificaria o

---

<sup>10</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 27.

resultado para a vítima, considerando que, diante da fungibilidade do executor, a execução permanecerá assegurada pela organização (ROXIN, 2009, p.74).

Para ROXIN, o domínio da organização se caracteriza como uma maneira independente de autoria mediata. Para tanto, o autor ordena quatro pressupostos necessários para o reconhecimento da autoria do “homem de trás”, sendo eles: (i) o poder de mando; (ii) o aparato organizado de poder desvinculado do direito; (iii) a fungibilidade do executor direto; e, por último, (iv) a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, que serão detalhados a seguir.

Deste modo, a autoria mediata apenas pode ser configurada na seguinte hipótese: o chamado “homem de trás” detém poder de comando suficiente dentro do aparato organizado e o utiliza para a consumação de fatos típicos, bem como possui conhecimento das condições determinadas dentro da estrutura organizada. Assim, desta maneira, aproveitar-se-á da estrutura organizada para a finalidade da prática dos delitos (AFLEN, 2014).

Destaque-se que o autor admite, ainda, a possibilidade de ter-se diversos autores imediatos, “um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia” (ROXIN, 2009), citando o exemplo em que um determinado comandante de um campo de concentração nazista que ordenou assassinatos configura-se como autor mediato, conquanto tenha agido com base em ordens hierarquicamente superiores. Na autoria mediata pelo domínio da organização, o aparato organizado de poder deve ser desvinculado do direito, no que diz respeito ao “(...) marco dos tipos penais realizados por ele” (ROXIN, 2009), bem como a análise sobre a (des)conformidade deve ter como referência o próprio ordenamento jurídico atual.

ROXIN não aprova a autoria mediata pelo domínio da organização quando o aparato alcança mesma direção que o direito, tendo em vista que se pressupõe que o direito atue apenas com o uso dos meios permissíveis pela ordem jurídica, motivo pelo qual a prática de um ilícito dentro de uma organização, conforme o direito, pode interrompê-la. Assim, na hipótese em que condutas típicas são realizadas em uma organização lícita, não se configura uma ação do aparato de poder, mas contra ele mesmo, em decorrência das consequências jurídicas que podem suceder.

Deste modo, a teoria ditada por ROXIN determina dois grupos que podem ser divididos para a aplicação do domínio por organização, sendo eles: (i) quando o poder estatal atua de maneira desvinculada do direito, utilizando-se das organizações que dependem dele para cometimento de

crimes, (ii) as organizações clandestinas que operam infringindo as normas do direito penal, consubstanciando a existência de um “Estado no Estado” (ALFLEN, 2014).

O terceiro elemento que o doutrinador admite como essencial para o reconhecimento do domínio da organização consubstancia-se na ideia da necessária fungibilidade do executor, posto que a execução das ordens dadas pelo “homem de trás” é conferida justamente na possibilidade de substituição do executor, em razão de que, dentro da organização, há diversos potenciais executores à sua serventia. Deste modo, caso um deles se negue a realizar a ordem emanada, a negativa não se constitui como impedimento para a realização do delito. A fungibilidade do executor, portanto, é o que garante, de fato, a operação automática do aparato, visto que o executor é facilmente substituível.

O último elemento considerado é a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato, que parte da premissa de que, nesse aparato organizado e desvinculado do direito, aquele que executa a última conduta de preenchimento do tipo é distinto de um autor isolado, porque, dentro da organização, o executor está sujeito a várias influências, que não excluem sua responsabilidade, ao contrário: para ROXIN, essas o tornam “mais disposto ao fato que outro potencial delinquente” e, por essa razão, potencializa as chances de sucesso no resultado por intermédio da ordem do “homem de trás”, motivo que contribui para o seu domínio do fato.

Desta forma, passível inferir que a autoria mediata pelo domínio da organização, delineada por ROXIN, é constituída pelos quatro pressupostos anteriormente expostos, quais sejam; (i) o poder de mando do “homem de trás”; (ii) a organização deve ser dissociada do direito; (iii) disposição elevada dos executores e (iv) a fungibilidade dos executores. Necessário ressaltar que, apesar do requisito referente à disposição elevada dos executores não ter sido explicitada na obra do jurista em 1963, foi apresentada por ele em uma palestra, no ano de 2006, (ALFLEN, 2014).

### **1.2.1.3. Coautoria como domínio funcional**

Por fim, o domínio funcional se configura quando há uma atuação coordenada em tarefas que resultam na prática do fato delitivo. Para tanto, como requisito, há o número mínimo de dois indivíduos. Nos ensinamentos de GRECO (2014):

A terceira maneira de dominar um fato está numa atuação coordenada, em divisão de tarefas, com pelo menos mais uma pessoa” (...) “se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização com um ato relevante de um delito, elas terão o domínio funcional do fato (funktionale Tatherrschaft), que fará de cada qual coautor do fato como um todo, ocorrendo aqui, como consequência jurídica, o que se chama de imputação recíproca.<sup>11</sup>

Deste modo, o domínio do fato pelo coautor resulta de sua função na própria execução do ato, haja vista que ele assume a gestão de uma tarefa, devendo esta ser essencial para a realização do fato principal planejado e almejado. Assim, a realização de seu próprio ato individual gera o domínio do acontecimento integral.

Para que a coautoria como domínio funcional seja caracterizada, necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) o planejamento conjunto do fato; (ii) a execução conjunta; e (iii) a prática de uma contribuição essencial na execução do fato típico. Ressalte-se que, este último requisito está presente quando o coautor pratica atos executórios relevantes para o sucesso do delito planejado, tendo *co-domínio* do acontecimento delitivo.

---

<sup>11</sup> GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 30-31.

## 2. CONCURSO DE AGENTES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Embora a preponderância de delitos necessitem de apenas um indivíduo para o cometimento do ato típico ilícito penal, fato é que comumente diversos agentes se reúnem e unem seus esforços materiais, bem como intelectuais para, deste modo, praticarem uma mesma infração penal.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro se engajou às teorias e requisitos acerca do tema.

### 2.1. Teorias sobre o concurso de pessoas

Sobre a matéria, três são as teorias que a disciplinam, sendo elas: (i) monista; (ii) dualista e (iii) pluralista.

A primeira teoria, denominada monista, também conhecida por monística ou unitária, é a adotada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, disposta no artigo 29, *caput*, do Código Penal: “Art. 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”<sup>12</sup>.

Por meio desta, resta definido que todo indivíduo que concorra para o delito, deve responder pelas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Deste modo, atribui-se um só crime a todos os sujeitos que concorreram para o cometimento da infração penal.

Assim, a norma legal contida no artigo 29 se trata de um eixo legislativo sobre o concurso de agentes no Brasil, detendo natureza de norma de ampliação espacial de adequação típica, admitindo que seja responsabilizado penalmente tanto quem pratica a conduta típica, quanto quem colabora para a realização do crime.

Ainda, necessário ressaltar que a teoria monista guarda certa relação de semelhança com a teoria de equivalência dos antecedentes – elencada pelo artigo 13, do Código Penal –, por meio da qual se considera causa do delito todo e qualquer fator que tenha para ele contribuído, ainda que de forma mínima. Diante de tanto, conclui-se por meio dessa teoria que o crime é resultado do

---

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Acessado em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 22 de dezembro de 2022.

produto da conduta de cada um dos agentes, independente do ato praticado, desde que tenha sido relevante para o resultado alcançado.

Artigo 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido<sup>13</sup>.

A segunda teoria, denominada dualista e também conhecida por dualística, não foi adotada em nossa legislação. Por meio desta, defende-se a ideia de que deve haver dois delitos distintos a serem imputados: (i) um crime será imputado aos autores; e (ii) o outro aos partícipes.

Por fim, a teoria pluralista, ou pluralística, sustenta que deve ser imputado, a cada agente que concorreu, um crime diferente. Em nosso ordenamento, alguns são os casos que esta concepção foi a adotada, como, por exemplo, o crime de aborto, em que o médico praticante do abortamento responde pelo artigo 125<sup>14</sup> ou pelo artigo 126<sup>15</sup>, a depender, enquanto à gestante é imputado o delito do artigo 124<sup>16</sup>, todos do Código Penal.

## 2.2. Requisitos do Concurso de Pessoas

A doutrina majoritária adotado no Brasil aponta que são quatro os pressupostos necessários para configuração do concurso de pessoas, sendo estes: (i) pluralidade de condutas, (ii) relevância causal da conduta; (iii) vínculo subjetivo; e (iv) colaboração anterior à consumação do fato.

Sobre a pluralidade de condutas, nos ensinamentos de ANDRÉ ESTEFAM (2016):

Trata-se da múltipla concorrência de comportamentos praticados por duas ou mais pessoas. Só há falar em concurso de pessoas se mais de um indivíduo realizou comportamentos penalmente relevantes, os quais tenham produzido riscos proibidos aos bens penalmente tutelados; (...).<sup>17</sup>

<sup>13</sup> BRASIL. Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Acessado em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 22 de dezembro de 2022.

<sup>14</sup> Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.

<sup>15</sup> Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante.

<sup>16</sup> Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque.

<sup>17</sup> ESTEFAM, André Direito Penal – Parte Geral (Arts. 1º a 120).5ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 305.

Deste modo, a pluralidade de condutas se constitui como o elemento mais importante para a configuração do concurso de pessoas. Contudo, necessário destacar que se resta prescindível que todos os agentes realizem a mesma conduta no desenrolar do iter criminis, podendo, assim, haver condutas principais e auxiliares, executadas de modo consciente e voluntário, todas contribuindo para o sucesso do resultado final almejado.

Em uma atividade delitiva conjunta, enquanto alguns praticam a conduta escrita pelo verbo nuclear do tipo, outros se limitam a instigar, induzir ou auxiliar a sua prática. Sobre o objeto:

A turma, entre outras questões, asseverou que, para caracterizar o concurso de agentes, basta que duas ou mais pessoas concorram para a prática delituosa, não sendo necessária a identificação dos corréus. Consignou-se, ainda, que essa causa de aumento de pena pode ser reconhecida mesmo na hipótese em que o crime tenha sido supostamente cometido na companhia de inimputável<sup>18</sup>.

A relevância causal da conduta constitui o segundo pressuposto. Por meio deste, permeia a ideia de que a conduta de cada um dos agentes, seja ela típica ou atípica, deve influenciar de forma objetiva à consumação do delito. Assim, na hipótese da conduta de um dos integrantes restar insignificante para o resultado pretendido, este não deverá ser punido. De mesmo modo, caso a conduta do sujeito seja considerada relevante, mas não tenha gerado causa que levou ao resultado obtido, ela também não há de ser punida.

Assim, cabível concluir que se resta necessário que a sua conduta do agente se insira na corrente causal de realização do crime, ainda assim dotada de eficácia, seja diante do incitamento, da indução ou do auxílio para sua prática.

O terceiro requisito, vínculo subjetivo, por sua vez, tem por função verificar se os agentes se encontram subjetivamente vinculados e ajustados entre si, no sentido de que ajam de forma consciente para o alcance do resultado almejado.

Acerca da preposição, nas palavras de MIRABETE (1999):

---

<sup>18</sup> Superior Tribunal de Justiça. HC 197.501/SP 2011/0032527-8. Relator Ministro OG FERNANDES. Julgado em 10/5/2011.

Há necessidade, também, de um liame psicológico entre os vários autores, ou seja, a consciência de que cooperam num fato comum, não bastando atuar o agente com dolo ou culpa. Somente a adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico) à atividade ilícita de outrem cria o vínculo de concurso de pessoas. Por isso, pode haver concurso de agentes em crime doloso, em que os agentes querem ou assumem o risco do resultado, e em crime culposo, em que atuam com imprudência, negligência ou imperícia. Mas o vínculo subjetivo deve ser homogêneo, já que não se pode falar em colaboração dolosa em crime culposo ou cooperação culposa em crime doloso.<sup>19</sup>

Deste modo, ante a ausência deste preceito, as condutas se tornarão autônomas, configurando mera autoria colateral, por meio da qual a conduta de cada um dos sujeitos, sem entrar na esfera de conhecimento dos demais, será responsabilizada e punida de forma singular.

Ressalte-se que o liame aqui necessário se configura como subjetivo, uma vez que é prescindível a ocorrência de prévio acordo entre os participantes da atividade delitiva. Assim, basta-se que haja mero conhecimento das pretensões desejadas entre os sujeitos.

O último pressuposto necessário é a colaboração anterior à consumação do fato. A necessidade deste último requisito se faz indispensável, na medida em que, caso os agentes tenham acordado à realização do fato típico já em momento posterior, quando a ação delitiva já restar-se finalizada, deverá esta ser punida como delito autônomo.

### **2.3. Autoria e Participação**

O Código Penal de 1940, vigente ainda nos dias atuais, fez por bem equiparar os vários agentes do crime, não distinguindo a figura do autor – *coautor* é a nomenclatura que se dá quando há mais de um autor – e a do partícipe. Assim, possibilitou ao magistrado aplicar, igualmente, a pena para todos – é a denominada teoria subjetiva, isto é, conceito extensivo de autor.

Diante de tanto, restou à doutrina elucidar a diferenciação, separando a autoria e a participação, tendo a Reforma Penal de 1984 acompanhado e reconhecido como correta essa distinção, como será analisado a seguir.

---

<sup>19</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código penal interpretado. 1. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Atlas, 1999. p 241.

### **2.3.1. Autoria**

O ordenamento jurídico brasileiro revela em seu bojo uma série de distintos entendimentos acerca da autoria, sendo as três mais defendidas (i) o conceito amplo de autor; (ii) o conceito restritivo de autor; e (iii) a teoria do domínio do fato.

A primeira ideia, também nominada de conceito extensivo de autor, diz respeito à percepção de que autor é o indivíduo que concorre, de qualquer modo, para a realização do delito. Deste modo, para que a autoria seja imputada a um sujeito basta a relevância causal, em consonância com o vínculo psicológico. Necessário ressaltar que esta teoria não faz qualquer distinção entre o autor e mero partícipe.

A concepção comumente chamada de restritiva ou restrita de autor, se configura como sendo aquela em que somente pode ser denominado autor aquele agente que realiza, por meio de sua própria ação, o verbo nuclear contido no tipo penal incriminador.

A teoria do domínio do fato, já analisada anteriormente e objeto do presente ensaio, é aquela que defende que o autor do delito é todo indivíduo que tem o próprio domínio sobre o fato.

O Código Penal Brasileiro decidiu-se por adotar a segunda teoria ora exposta, qual seja a restritiva, diante da opinião majoritária da doutrina e jurisprudência. Deste modo, é considerado autor de um crime, aquele sujeito que realiza, por meio de seus próprios atos, o verbo nuclear contido no tipo penal incriminador. Coautor, por sua vez, é o indivíduo que, de alguma forma, coopera para o resultado almejado sem, contudo, realizar a ação nuclear. Por fim, os partícipes são os agentes que prestam auxílio material ou moral, na forma de instigação ou induzimento, para a efetivação do delito.

Não obstante, ressalte-se que parcela da doutrina brasileira sustenta a aceitação da teoria do domínio do fato como solução em casos de autoria mediata.

### **2.3.2. Participação**

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece que a participação deve ser imputada a todo indivíduo que concorra para a execução do delito sem, contudo, praticar a conduta descrita no tipo penal.

Porém, uma vez que o indivíduo não realiza o verbo nuclear descrito, não se resta cabível o enquadramento da sua conduta ao preceito primário contido no tipo penal incriminador. Assim, a adequação típica do partícipe é resolvida por meio de um procedimento de subordinação mediata, ou indireta, se empregando uma norma de extensão, regida pelo artigo 29, do Código Penal: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”<sup>20</sup>.

Desta maneira, há duas maneiras em que se restam possíveis a ocorrência de participação: (i) forma material e (ii) forma moral.

A primeira se configura quando o sujeito colabora de forma material com o crime de outrem, comumente chamada de cumplicidade.

A participação moral, de outro canto, resta-se construída na hipótese em que há uma cooperação de cunho psicológico no acontecimento fático, por meio de induzimento ou instigação. Sobre o assunto, ANDRÉ ESTEFAM leciona (2016):

O primeiro, dá-se quando uma pessoa incute no pensamento de outra a ideia criminosa, até então inexistente. A instigação, de outro lado, verifica-se quando alguém incentiva outrem a praticar um fato, isto é, o executor já havia pensado em cometer a infração, tendo a instigação do partícipe servido de estímulo para que assim o fizesse.<sup>21</sup>

Necessário salientar acerca da natureza jurídica da participação, uma vez que a conduta desta resta acessória a do autor – de natureza principal. Assim, o partícipe somente será punido se o autor também o for, tendo em vista que a conduta do partícipe inexistente se ausente a do autor.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Título IV- do concurso de pessoas – artigo 29. Acessado em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 02 de dezembro de 2022.

<sup>21</sup> ESTEFAM, André. Direito Penal – Parte Geral (Arts. 1º a 120). 5ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p 309.

Contudo, o nível dessa acessoriedade ainda é muito debatido no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, quatro são as teorias que dispõe acerca do tema: (i) da acessoriedade mínima; (ii) da acessoriedade limitada; (iii) da acessoriedade extrema; e (iv) hiperassoriedade.

A primeira, teoria da acessoriedade mínima, dispõe que, para que a conduta do partícipe seja punida, faz-se obrigatório que a do autor seja necessariamente típica.

A teoria da acessoriedade limitada, tida como a mais razoável entre as apresentadas, exige que a conduta do autor seja típica, bem como ilícita.

A terceira teoria, qual seja a da acessoriedade extrema, defende que a conduta do autor, além de típica e ilícita, deve ser também culpável.

Finalmente, a teoria da hiperassoriedade aduz que o partícipe responde, também pelas agravantes a atenuantes, no caso de o fato constituir-se como típico, ilícito e culpável.

A possibilidade de participação em crimes culposos também comporta discussão. Isso porque, parcela da doutrina e jurisprudência sustenta que, em se tratando de tipo culposos aberto, ou seja, aquele que não existe a descrição da conduta principal propriamente dita em razão da generalidade de sua definição, não há que se falar em participação, visto que é apenas acessória.

Nesse sentido, explica CAPEZ (2017):

Desse modo, toda concorrência culposa para o resultado constituirá crime autônomo. Por exemplo, motorista imprudente é instigado, por seu acompanhante, a desenvolver velocidade incompatível com o local, vindo a atropelar e matar uma pessoa. Ambos serão autores de homicídio culposos, não havendo que se falar em participação, uma vez que, dada a natureza do tipo legal, fica impossível detectar qual foi a conduta principal.<sup>22</sup>

De outro canto, uma segunda corrente sustenta a posição que, mesmo em tipos culposos, que são abertos, resta-se possível a identificação sobre qual é a conduta principal do tipo. Acerca desta parte da doutrina, CAPEZ assevera (2017):

No caso de homicídio culposos, por exemplo, a descrição típica é ‘matar alguém culposamente’; logo, quem matou é o autor e quem o auxiliou, instigou ou induziu

---

<sup>22</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Volume 1, parte geral. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. p. 458.

à conduta culposa é o partícipe. Na hipótese acima ventilada, quem estava conduzindo o veículo é o principal responsável pela morte, pois foi quem, na verdade, matou a vítima. O acompanhante não matou ninguém, até porque não estava dirigindo o automóvel. Por essa razão, é possível apontar uma conduta principal (autoria) e outra acessória (participação).<sup>23</sup>

### 2.3.3. Coautoria

A coautoria se satisfaz na hipótese em que todos os agentes, em comum colaboração interna e pretendendo mesmo resultado, realizam a conduta principal. Deste modo, a coautoria resta-se constituída quando dois ou mais agentes, de forma conjunta, realizam o verbo nuclear descrito na norma penal incriminadora.

Sob os ensinamentos de HANS WELZEL (1997): “a coautoria é, em última análise, a própria autoria. Funda-se ela sobre o princípio da divisão de trabalho; cada autor colabora com sua parte no fato, a parte dos demais, na totalidade do delito e, por isso, responde pelo todo”<sup>24</sup>.

Contudo, há de se destacar que não é necessário que a colaboração dos demais coautores seja obrigatoriamente a mesma, podendo, assim, haver uma divisão dos atos empregados para a prática da empreitada delitiva. De toda forma, o coautor que concorre na realização do tipo penal incriminador responderá, também, pelas qualificadoras ou agravantes de caráter subjetivo, quando estiver em consciência destas.

#### 2.3.3.1. Coautoria no crime omissivo próprio

A possibilidade de coautoria em crimes omissivos próprios ainda comporta grande discussão na doutrina penal brasileira.

Isso porque, para uma parcela da doutrina, a coautoria em crimes omissivos próprios é cabível, desde que haja adesão, de forma voluntária, da conduta de um indivíduo à conduta de

---

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Volume 1, parte geral. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. p. 458 e 459.

<sup>24</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez, p. 129.

outro. Deste modo, na hipótese de ausência deste elemento subjetivo, a adesão voluntária de condutas, cada agente responderia de forma individual pelo delito.

De outro canto, uma corrente doutrinária oposta defende que não cabe coautoria em crimes omissivos próprios, haja vista que se, por exemplo, dois indivíduos deixarem de prestar socorro à uma vítima, podendo cada um deles fazê-lo sem acarretar qualquer risco pessoal, ambos sujeitos cometerão crime de omissão de socorro de forma isolada. Portanto, não haveria configuração do concurso de agentes.

A explicação se dá diante do fato de que, quem se omite não realiza nenhum ato, não pratica nenhuma ação, na medida em que *deixa de realizar* determinada conduta. Deste modo, ao não realizar a conduta principal necessária e, sabendo-se que o concurso de pessoas se constitui pela prática do verbo contido no tipo penal incriminador por dois ou mais agentes, resta clara a impossibilidade do sujeito que age em omissão atuar em coautoria.

### **2.3.3.2. Coautoria parcial ou funcional**

A coautoria parcial, também denominada funcional, se constitui na hipótese em que os atos executórios pertencentes ao *iter criminis* da ação delitiva são distribuídos entre os diversos autores. Deste modo, cada um dos sujeitos se mostra responsável por um elo da cadeia causal, desde a execução até a consumação do crime.

Assim, através de diferentes colaborações, que juntas integram a união de uma ação coletiva, o resultado pretendido é alcançado. Do contrário, ou seja, na ausência de uma das ações colaborativas, o sucesso do delito almejado seria frustrado.

### 3. A TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO E SUA APLICABILIDADE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Ao longo do século XX, a noção do “domínio do fato” foi amplamente discutida por diversos autores, sendo verdadeiramente apresentada no ano de 1939, por WELZEL. Para ele, deveria existir uma análise entre a relação final da vontade do autor com o resultado obtido, examinando até que ponto a vontade do agente é dominante ou dominada. Porém, apesar de bem evoluída para a época em que foi preconizada, a teoria por WELZEL apresentada ainda se constituía muito ampla e vaga para ser, de fato, difundida e aplicada.

Assim, no decorrer dos anos seguintes, diversos autores apoiaram-se no trabalho de WELZEL ao tratar sobre o tema. Contudo, somente em 1963 a teoria do domínio do fato ganhou força total alinhada aos pilares da escola funcionalista, com enfoque principal no concurso de pessoas, quando descrita e analisada por ROXIN. Para tanto, ROXIN concentrou-se em distinguir as figuras do autor e do partícipe, quando do cometimento do delito.

A teoria por ROXIN exposta encontrou abrigo em diversos países do plano internacional, sendo, até mesmo, incorporada ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional:

#### Artigo 25: Responsabilidade Criminal Individual

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

- a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;
- b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;
- c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;
- d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:
  - i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou
  - ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;
- e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;
- f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra

forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.<sup>25</sup>

Ainda, cabe aqui ressaltar que, apesar do próprio ROXIN ter, de certo modo, criticado a forma de adoção de sua Teoria quando do julgamento da Ação Penal 470/MG, conhecida popularmente como “Caso Mensalão”, que será objeto de análise do presente trabalho posteriormente, a aplicação da referida Teoria em muito se pareceu ao caso por ROXIN estudado quando aperfeiçoava os traços delineados por WELZEL. Cabendo aqui breve análise acerca do paradigma central dos estudos de ROXIN para elucidação da teoria.

O ponto fulcral para as teorizações levadas a cabo por CLAUS ROXIN fora o julgamento de Eichmann em Jerusalém promovido em 1961 –, Arendt. Ao acompanhar as sessões, o autor descrevia que Eichmann negava os assassinatos de judeus, sustentando principalmente que nunca havia matado, de fato, nenhum ser humano, afirmando que, de sorte poderia ser julgado somente por observar ou ajudar o massacre do povo judeu.

Ressalte-se, aqui, que apesar de Adolf Eichmann ter sido um dos principais responsáveis pela realização da chamada “Solução Final da Questão Judaica” (ROXIN, 2000)<sup>26</sup>, insistia que não era responsável pelos atos propriamente praticados. Assim, sob a óptica da dogmática tradicional da autoria, seria Eichmann mero partícipe. Contudo, inegável o fato de que Eichmann possuía efetivo poder de ordem sobre seus executores. Aqui, ainda não há de ser confundido com casos tradicionais de autoria mediata já analisados, por coação ou erro do executor, tendo em vista que nunca foi encontrado, nos processos de Nuremberg, qualquer exemplo de fuzilamento por casos de desobediência ou não cumprimento às ordens superiores emanadas. Incabível, deste modo, afirmar que os executores hierarquicamente inferiores se encontravam sob coação moral.

Ademais, ROXIN pondera que um sujeito que, com suas próprias mãos, mate pessoas inocentes, possui ciência acerca do conteúdo injusto de sua conduta em razão de ideologia. Incabível, também, estar agindo sob erro.

---

<sup>25</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm), acessado em 19 de dezembro de 2022.

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal*. 7ªed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 270.

Esta breve consideração acerca do Nazismo, fez-se necessária para demonstrar que o homem que emana ordem a outros, bem como domina o aparato, não necessita coagir ou ludibriar o executor para que tenha suas ordens cumpridas, visto que o aparato de poder organizado garante por si só a execução do fato punível, tendo em vista que, se o executor não der cumprimento à ordem, outro de pronto a concretizará.

Assim, analisemos, parte do voto da ação penal 470, que será oportunamente discutida, que segue similar linha de exposição<sup>27</sup>:

Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. Ensina Raul Cervini: *‘Por consiguiente, para la imputación es decisivo el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina solo en aquel punto en el que faltan los presupuestos precisamente en esse dominio por organización’*<sup>28</sup>

Nesta perspectiva, para que seja configurada autoria mediata por domínio da organização é preciso, antes de tudo, que haja uma organização estruturalmente hierarquizada como requisito geral, sendo imprescindível a atribuição de funções de maneira vertical, mediante ordens emanadas de um patamar estratégico superior, que seja derivado de fatores políticos, sociais, ideológicos, culturais ou econômicos. O termo organização, aqui amplamente empregado, há de ser entendido em seu sentido *latu*, como, nas palavras do sociólogo alemão ENDRUWEIT (2004): “as organizações são categorizadas como espaços sociais nos quais os indivíduos interagem no sentido de produzir atividades determinadas”<sup>29</sup>.

O que cabe a ser examinado é o fato de que o controle fundamenta a figura do sujeito que se encontra por detrás do autor, visto que este é exercido sobre o próprio aparato de organização de poder, e não sobre o indivíduo propriamente dito. Portanto, torna-se desnecessário que o sujeito

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470, Tribunal pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa, 22.04.2013. STF. Disponível em: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf). Acesso em 21 de dezembro de 2022.

<sup>28</sup> CERVINI, Raul. *El Derecho Penal de La Empresa Desde Una Visión Garantista*. Ed. Bdef, Montevideo, 2005. p. 145.

<sup>29</sup> ENDRUWEIT, Gunter. *Organisationssoziologie*. 2. Aufl, Stuttgart: Lucius & Lucius Verlag UTB, 2004. p. 21

em posição de comando atue por sua própria iniciativa ou, então, a requerimento de instâncias que lhe são ainda superiores, bastando que possa ele dirigir parte do aparato que o subordinado, sem que a realização do delito fique à disposição de critérios e vontades de outro indivíduo.

Ainda, além da organização verticalmente hierarquizada, necessário que o os executores finais do fato delitivo sejam fungíveis, ou seja, substituíveis, implicando na máxima de que, caso um executor se recuse a cumprir a ordem, outro tomará sua posição, cumprindo a execução do fato. Desta maneira, o comandante por trás tem plena segurança e certeza de que sua ordem será cumprida.

Somente se resta infungível quem domina a estrutura – empresarial, piramidal ou em rede – da organização criminosa que possui relevante e clara divisão de tarefas e comando. Essa óptica harmoniza-se com os parâmetros de imputação existentes e, ainda, com a noção de estrutura verticalizada ou empresarial apartada da ordem jurídica: a distância do agente em relação à execução do crime revela um maior grau de controle e responsabilidade, na medida em que ocupa uma posição hierárquica ou de comando que lhe atribui um maior controle sobre os fatos a partir da emissão de ordens<sup>30</sup>.

Por fim, nas palavras de ALAOR CARLOS LOPES LEITE (2014):

A teoria do domínio do fato é uma teoria diferenciadora e restritiva do conceito de autor. Ela é diferenciadora, pois crê ser necessária a distinção, já no plano do tipo, de níveis de intervenção no delito, ou seja, entre autor (imediate e mediate, além da coautoria) e partícipe (instigador e cúmplice). Ela é restritiva, pois entende que apenas o autor do delito é que viola a norma de conduta inscrita na parte especial do Código, e a punição da participação seria produto de uma norma extensiva da punibilidade. O conceito restritivo de autor é contraposto ao conceito extensivo, que entende que autores e partícipes violam a norma de conduta contida na parte especial, e que a menor punição da participação é uma decisão do legislador por restringir a punição do partícipe. A teoria diferenciadora é contraposta à teoria unitária, que sequer distingue entre autor e partícipe.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> LEMOS JÚNIOR, 2012, p. 135-136) (LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. Crime Organizado: Uma Visão Dogmática do Concurso de Pessoas. 1ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012

<sup>31</sup> LEITE, Alaor Carlos Lopes. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 106, p. 57/58, jan./fev. 2014

### 3.1. Novas formas de organizações criminosas

A criminalidade no Brasil tem sido cada vez mais praticada por meio de grupos altamente organizados, muito se diferenciando dos criminosos do passado. Assim, a nova forma de criminalidade possui como uma das principais características o fato de que os mandantes não executam os delitos com suas próprias mãos, tendo em vista que possuem um arsenal de agentes fungíveis a disposição para realizarem o verbo nuclear descrito na norma penal incriminadora.

Seja por hierarquia, por respeito ou até mesmo por idolatria, os executores praticam a conduta descrita no tipo penal, enquanto os chamados mandantes permanecem na cena de trás, pouco, ou quase nunca, aparecendo quando do cometimento do delito.

Apesar do voluptuoso estudo acerca da matéria, ainda se resta difícil encontrar uma definição do que é o crime organizado. De todo canto, a ciência criminológica aponta como algumas das características marcantes das organizações criminosas: (i) hierarquia estrutural piramidal, com pelo menos três níveis de controle; (ii) planejamento empresarial, (iii) claro objeto de lucros; (iv) uso de meios tecnológicos; (v) divisão funcional de atividades e tarefas entre os membros; (vi) conexão estrutural ou funcional com o poder público e/ou com o poder político; (v) alto poder de controle, com restrição à confiança de seus membros.

Sob a óptica de JOSÉ FARIA COSTA (2001):

(...) as organizações criminosas têm como característica marcante a racionalidade e a elasticidade. Assim, o fato de se desmontar um grupo não implica que toda a rede venha a ser afetada. Para o autor, “a teia criminosa que se tece para que se consiga um fluxo criminoso que possa desencadear lucros fabulosos não é uma programação artesanal, mas antes um projecto racionalmente elaborado”. Em sua visão são três grupos, de certo modo, independentes, mas que mantêm entre eles pontes ou conexões. Os diferentes grupos funcionam da forma que se segue: “o grupo central ou nuclear tem como finalidade principal levar a cabo o aprovisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais. Ligam-se, aqui claramente, a coação e a corrupção para expansão de poder e lucro. Um outro grupo tem como propósito servir de proteção institucional a toda rede ou teia. É a tentativa de chamar à organização, de forma sutil ou direta, a política, a justiça e a economia, as quais, através do estatuto dos seus representantes, permitem criar bolsas ou espaços onde a atuação política se torna possível. Finalmente, surge um terceiro grupo que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações com

instituições bancárias, com cassinos e ainda com outras sociedades legalmente constituídas. É o grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso e o normal e comum viver cotidiano.<sup>32</sup>

Assim, inevitável concluir que a criminalidade organizada se constitui como um enorme embate mundial que não só angaria lucros por meio de diferentes ações criminosas, como também implica consequências humanas e sociais de difícil reparo, uma vez desestabilizam o livre mercado, a concorrência leal e as próprias regras de convivência social.

O crime organizado investe voluptuosos capitais em atividades econômicas à primeira vista legais, chegando até a condicionar o desenvolvimento de alguns países, na medida em que utiliza recursos humanos e financeiros nas mais distintas atividades, como construção civil, eliminação de recursos, exploração de recursos energéticos, entre tantos outros, nos quais apresente a possibilidade de apoderação de fundos públicos.

Nas palavras de FARIA COSTA (2000):

(...) a criminalidade que se elevou a um estágio global, a maior parte das vezes, não nos aparece na limpidez de um só segmento ilícito. Bem ao contrário. Tudo nos surge amalgamado. Vale por dizer: a criminalidade econômica mistura-se com atuações de tráfico de droga e de armas, prostituição, etc., não se sabendo qual a atividade que deva ser considerada preponderante. O que se nota é que um desmesuradamente grande fluxo ilícito de capitais não pode subsistir se não tiver na retaguarda apoio no próprio sistema bancário.<sup>33</sup>

Diante de tanto, novas formas de combate à criminalidade precisaram ser criadas, ainda mais porque a dogmática jurídico penal acerca do concurso de pessoas fora construída e idealizada a partir da criminalidade tradicional. Para tanto, ROXIN refutou teorias antigas que colocavam mandantes de delitos como meros partícipes e os elevou a uma categoria de criminosos que detinham total domínio sobre o fato praticado e, então, domínio sobre a autoria dos delitos executados.

---

<sup>32</sup> COSTA, José Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 9, n. 34, abril-junho 2001. São Paulo: Ed. RT, p. 17.

<sup>33</sup> COSTA, José Faria *apud* FRANCO, Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos, in Temas de Direito Penal Econômico. Podval, Roberto, Org., São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 260-261.

Deste modo, o executor mediato se traduz em uma peça de baixa relevância ante toda engrenagem operacional de poder. Assim, a organização criminosa somente precisa dela mesma para funcionar. O domínio da vontade por meio do aparato organizacional de poder, a própria organização criminosa, se configura como uma forma autônoma de autoria mediata, que não se confunde com o domínio por erro ou domínio por coação, já apresentados.

Sob a óptica de ROXIN, o sujeito que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada do direito e da ordem jurídica, emana uma ordem a executores fungíveis, ou seja, meros instrumentos do aparato organizacional de poder, não se constituiu como mero partícipe, mas sim como autor mediato dos núcleos penais praticados.

Nas palavras dos professores LUÍS GRECO, ALAOR LEITE, ADRIANO TEIXEIRA e AUGUSTO ASSIS 2014:

Isso significa que pessoas em posições de comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas são autores mediatos, o que está em conformidade não apenas com os parâmetros de imputação existentes na história, como com o inegável fato de que, em estruturas verticalizadas dissociadas do direito, a responsabilidade tende não a diminuir e sim a aumentar em função da distância que se encontra um agente em relação ao acontecimento final. Esse – e não, por exemplo, o número de vítimas ou o número de intervenientes – é o critério material que indica que o domínio do aparato organizado compensa a perda de controle relativa ao distanciamento em relação ao fato concreto (a morte de determinada pessoa, por exemplo). Os requisitos dessa forma de autoria mediata são, assim, a emissão de uma ordem a partir de uma posição de poder dentro de uma organização verticalmente estruturada (1) e dissociada do direito (2), e a fungibilidade dos executores (3)”. Isso não significa, obviamente, que os executores sejam meros partícipes, como decidira a jurisprudência no caso Staschinsky, acima mencionado. Como já foi dito, quem realiza de mão própria todos os elementos de um tipo tem o domínio sobre a ação e, portanto, é sempre autor.

Analisando a teoria de ROXIN atualmente, os dois primeiros pressupostos, quais sejam (i) estrutura vertical; e (ii) fungibilidade de executores, convergem para um mesmo aceite no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque ambos objetivam expor e apenar o criminoso que se encontra acima dos executores finais, sendo assim, o superior hierárquico da cadeia delitiva. Deste modo, ainda que este não realize o verbo nuclear da ação delitiva, possui domínio sobre o fato final praticado, ainda mais porque os executores são meras engrenagens do aparato organizacional

facilmente substituídos. Na hipótese de recusa de cumprimento de ordem emanada pelo superior hierárquico, o executor é facilmente substituído por outro indivíduo que a acatará.

Contudo, o terceiro pressuposto explicitado pelo autor, consistente na (iii) atuação da estrutura organizacional às margens do direito, dissociada deste, ainda traz enorme e incansável discussão na doutrina. Isso porque, parte dos autores defende que a teoria da organização somente pode ser aplicada às organizações de natureza essencialmente criminosas, quais sejam aquelas que são constituídas com a finalidade principal do cometimento de delitos e, por consequência, fazendo jus ao requisito de se encontrarem dissociadas e apartadas da ordem jurídica. Para esta parcela de estudiosos, partidos políticos, empresas com finalidade principal distinta ao cometimento de crimes, por exemplo, somente podem ter seus superiores hierárquicos tidos como meros partícipes de delitos, quando emitem ordens para executores finalizarem:

Em empresas, caso o superior emita ordens ilegais e não haja outro fundamento para a autoria mediata (como erro ou coação), há, em regra, apenas instigação: «nesses casos não se age com o aparato, mas contra o aparato. O fundamento da autoria mediata por domínio da organização não repousaria, assim, em um cru poder de mando, mas no funcionamento «clandestino», na conformação completamente apartada da ordem jurídica. Em organizações moldadas conforme à ordem jurídica, como sociedades empresárias em geral, é de se esperar que ordens ilegais emitidas por algum superior não sejam automaticamente cumpridas por terceiros autorresponsáveis, isto é, que não estão em erro e nem coagidos. Doutro modo, estar-se-ia partindo da presunção de que sociedades empresárias são organizações criminosas. Isso não exclui que o superior seja, ao final, autor; essa atribuição de autoria se fundamenta, contudo, em outras razões, que não o seu domínio sobre o fato de executor. Observe-se, por fim, que as reflexões em torno do domínio da organização não significam que todos aqueles que integram o aparato organizado de poder são, sempre, autores. Há a possibilidade de cumplicidade no interior desses aparatos, por exemplo, quando o sujeito pratica fatos que não influenciam o direcionamento concreto do aparato, como aquele que, sem poder decisório qualquer, auxilia tecnicamente na elaboração de um plano de aniquilação de um grupo de pessoas (cúmplice), assim como aquele que, de fora do aparato, denuncia um determinado grupo e causa na cúpula uma ideia de aniquilação, sem possuir qualquer influência no decorrer dos acontecimentos (instigador).<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> 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 Editora, 2014. 1ª ed, p. 29.

Cf. quanto a isso ROXIN, *Täterschaft*, p. 249.

Contudo, não se pode negar que uma empresa inicialmente lícita, que trabalhe ao exerça suas atividades de maneira lícita e sempre ao curso do direito, em determinado momento passe a atuar às suas margens, indo de encontro às normas, sendo utilizada para o cometimento de infrações e delitos penais. Assim, a teoria do domínio da organização parece também ser de necessária utilização a estas empresas quando estas transformam-se em aparatos criminosos, apesar do seu início lícito.

### **3.2. Decisão orientada pelos tribunais superiores em organizações criminosas – PCC**

O Primeiro Comando da Capital (PCC), fundado em 1993 no interior da Casa de Custódia de Taubaté, não se trata apenas de uma organização criminosa, mas de um moderno fenômeno sócio criminológico. A referida facção teve como origem a luta em prol de direitos da população carcerária, tendo ganho expressivo alcance no episódio ocorrido na Casa de Detenção de São Paulo, também conhecido por Carandiru. Contudo, se os solos penitenciários se constituíam como ambiente fértil para o desenvolvimento da organização, esta logo ganhou relevante importância para além dos muros da prisão. Em pouco tempo, os códigos de conduta corriam para o ambiente externo, alcançando o país inteiro, principalmente onde a omissão estatal na garantia de direitos básicos do cidadão encontrava-se em alta. Assim, crimes como o narcotráfico, sequestro, tráfico de armas de fogo e homicídio passaram a ser realidade consolidada pelos integrantes da facção.

Há mais de duas décadas essa organização tem se desenvolvido e aprimorado suas técnicas de conquista social, territorial e política, adquirindo recursos material e humanos necessários para sua consolidação. Para tanto, seus membros passaram a organizar-se em uma estrutura hierárquica e disciplinar de cumprimento de ordens responsável pela maximização de seus ganhos ilícitos.

Assim, a chamada “Sintonia Final” ou “Sintonia Geral” tornou-se a célula da facção destinada ao controle geral interno, bem como dos regramentos disciplinares e do controle da atividade que, hoje em dia, se traduz no maior intuito da associação: a atividade financeira. Deste modo, nos patamares hierarquicamente inferiores ao da chamada Sintonia Final, diversas outras células foram criadas para que todos os regramentos e ordens emanadas do centro de controle fossem cumpridos, quais sejam: (i) Sintonia do Progresso, responsável pelo tráfico de drogas; (ii)

Sintonia dos Trancas, destinada a manter a disciplina e hierarquia no interior dos presídios; (iii) Sintonia dos Gravatas, advogados que trabalham para membros da organização; (iv) Sintonia da Rifa, designada para arrecadar contribuições através de rifas, bilhetes, bailes funks com intuito de comprar cestas básicas para as famílias de integrantes mortos, presos ou inválidos; (v) Sintonia das Ruas; (vi) Sintonia Restrita, responsável pelas ações de investigação, inteligência e planejamento da facção, por meio de aluguel de imóveis perto de alvos próximos a ataques ou delitos, por exemplo; entre muitos outros. Destaque-se, ainda, que cada Sintonia possui, em seu interior, ainda nova hierarquia a ser seguida. Como exemplo, tem-se a Sintonia das Trancas que é novamente subdividida em: Sintonias Femininas, Sintonias Masculinas, Sintonia das Comarcas, Sintonia do Interior, Sintonia do Centro de Detenção Provisória (CDP).

Diante de tanto, inegável concluir a expressiva hierarquia constante no interior da estrutura, constituindo, de forma inequívoca, um aparato organizacional de poder, formado por um comando central (Sintonia Final ou Sintonia Geral) que emana ordens a serem cumpridas por diversos executores fungíveis distintos, estruturados em consonância com as regras ditadas pelo centro político decisor, que detém o domínio sobre o fato delitivo final produzido.

Os chamados “executores fungíveis”, no interior do Primeiro Comando da Capital, não se limitam a realizar apenas os chamados “julgamentos finais” (como nos casos julgados pelo Tribunal de Nuremberg à época do nazismo) como ocorre quando, por exemplo, um indivíduo não age ao encontro dos ditames produzidos pelo estatuto da organização, mas também à ocultação de ganhos patrimoniais da facção, por meio de lavagem de dinheiro; execução de diversos delitos como roubos, narcotráfico e tráfico de armamentos, todos estes voltados ao enriquecimento interno da organização.

Assim, diante dessa nova forma de organização, há uma dificuldade de aplicação das tradicionais teorias acerca da autoria, e consequente responsabilização penal, uma vez que, em caso de não adoção da Teoria do Domínio da Organização ora analisada, a autoria recairia apenas sobre os executores finais da conduta, uma vez que, diante da incansável blindagem decorrente da estruturação funcional da facção, aos integrantes da “Sintonia Final” difícil seria a imputação de autoria dos delitos praticados.

Em meados de novembro 2018, Marco Willians Herbas Camacho, conhecido como Marcola, Júlio Cesar Figueira, Mauro César dos Santos Vila, Alessandra Cristina Vieira e Maria

Eliane Oliveira, todos integrantes do Primeiro Comando da Capital, juntamente com diversos outros indivíduos não identificados da facção, foram identificados, através do Núcleo de Inteligência de Coordenadoria Regional das Unidades Prisionais do Oeste Paulista (CROESTE), como os responsáveis por um plano de resgate de integrantes da organização criminosa PCC, que encontravam-se presos na penitenciária localizada em Presidente Venceslau/SP – “Maurício Henrique Guimarães Pereira”. Através dessa investigação, ainda, fora possível elucidar que os referidos cinco réus integravam e promoviam a organização criminosa PCC, mediante a prática de diversos delitos como tráfico de entorpecentes, tráfico de armas de fogo, bem como delitos contra a vida de agentes públicos, entre outros.

Ocorre que, diante da iminência da execução do plano de resgate da liderança da facção pelos integrantes desta, a transferência dos integrantes da cúpula do PCC, incluindo o Marcola, da penitenciária de Presidente Venceslau para presídio federal tornou-se a medida cabível. A decisão de transferência gerou a ideia de represália por parte da organização. Assim, enquanto Maria Eliane e Alessandra visitavam seus companheiros, Mauro César e Julio César, no interior da Penitenciária Maurício Henrique Guimarães, os presos lhes entregavam bilhetes codificados com ordens a serem seguidas, objetivando o assassinato do Promotor de Justiça Dr. Lincoln Gakya, responsável pelo requerimento de transferência de Marcola, bem como do Coordenador da CROESTE.

Em 21 de julho de 2020 a denúncia contra os cinco réus fora recebida e a sentença prolatada em 04 de março de 2022, condenando todos os cinco réus nos termos da denúncia. Apesar de não ter escrito manualmente qualquer bilhete, ou entregue a agente que transpassasse os muros da penitenciária, Marcola foi condenado pela 3ª Vara Comarca de Presidente Venceslau a 12 anos de reclusão e 540 dias-multa em regime fechado, com base na teoria do domínio do fato, sobretudo com domínio à organização criminosa, uma vez que foi considerado o autor intelectual por trás de seus agentes executores, como se vê:

O fato de MARCO WILLIANS, JÚLIO e MAURO não terem redigido os manuscritos (prova pericial inconclusiva – fls. 267/275, 872/883 e 1073/1079), por si só, não rechaça a autoria em relação ao crime que é fora imputado, haja vista a convergência das demais provas colhidas. Sobremais, é extremamente comum o crime organizado se valer de pessoas interpostas, denominadas de "impressoras", para a redigir missivas com conteúdo criminoso, afim de dificultar a elucidação da autoria. Ainda, em relação ao réu MARCO WILLIANS, mostra-se aplicável a teoria objetivo-subjetiva, criada por Hans Welzel em 1939 e

desenvolvida por Claus Roxin na Alemanha em 1963, denominada teoria do domínio do fato, segundo a qual, "autor é quem possui controle sobre o domínio final do fato, domina finalisticamente o trâmite do crime e decide acerca de sua prática, suspensão, interrupção e condições. De fato, autor é aquele que tem a capacidade de fazer, continuar e de impedir a conduta penalmente ilícita. A teoria do domínio do fato amplia o conceito de autor, definindo-o como aquele que tem o controle final do fato, apesar de não realizar o núcleo do tipo penal.<sup>35</sup>

Posteriormente, não obstante as apelações dos condenados, por votação unânime, a 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça restou-se mantida a sentença em sua integridade, destacando a importância da utilização da teoria ora analisada para responsabilização criminal de integrante da Sintonia Final da facção PCC, Marcos Camacho, como autor dos delitos imputados:

É dizer: restou comprovado in casu, que todos os Apelantes tiveram papel crucial na empreitada, as duas visitantes agiram voluntariamente para adquirir os manuscritos de seus respectivos visitados, sendo que o conteúdo dos bilhetes apreendidos deixa claro que a organização criminosa, por ordem de seu líder Marco Willians, agiu em retaliação aos pedidos de transferência e isolamento de seus líderes, disparando ordens para que outros integrantes passassem a coordenar o plano já em andamento para o assassinato do Promotor de Justiça (Lincoln Gakiya) e do coordenador da SAP (Roberto Medina).

Ressalta-se que a existência da organização criminosa denominada "PCC" é de conhecimento público e notório, possuindo estrutura hierarquizada, capaz de transpor os muros de uma penitenciária de segurança máxima para promover os seus intentos ilícitos. E que Marco Willians, vulgo Marcola, além de integrar a citada organização, é conhecido como sendo o seu principal líder.

Aliás, o próprio Marco Willians confirmou a influência que detinha sobre os demais detentos na Penitenciária II de Presidente Venceslau, chegando a mencionar que tinha acesso aos detentos dos seis pavilhões da unidade (cerca de "seiscentos, setecentos presos"). Ressalta-se, ainda, serem comuns as tentativas, por parte da facção, de blindar seus líderes, mediante a utilização de terceiras pessoas para as mais diversas funções, dentre elas, a de redigir e codificar missivas, com a criação de tabuleiro para decodificação, como se fosse um idioma próprio, de forma a dificultar o entendimento de seu conteúdo, bem como a de entregar tais missivas a quem possa fazê-las chegar aos seus destinatários finais e a de executar as ordens nelas contidas. Exatamente como plenamente comprovado nos presentes autos.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> MASSON, Cléber. Código Penal Comentado. 2. ed., São Paulo: Método, 2014, p. 210.

<sup>36</sup> Fls. 297/298. TJSP; Apelação Criminal 1500037-95.2019.8.26.0483; Relator (a): Roberto Porto; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Venceslau – 3ª Vara; Data do Julgamento: 24/06/2022; Data de Registro: 24/06/2022.

### **3.3. A teoria do domínio da organização aplicada às organizações empresariais**

#### **3.3.1. Novas formas de organizações empresariais complexas**

Assim como discorrido anteriormente acerca das modernas formas de organizações criminosas, as organizações empresariais com o decorrer do tempo em muito se modificaram e estruturaram. Diante de tanto, o Direito Penal tradicional vem enfrentando dificuldades no que tange a imputação da responsabilidade penal em delitos de cunho econômico, ocorridos no interior e por meio de grandes e complexas organizações empresariais.

As novas formas de estrutura e organização, aliados até mesmo à globalização, ocasionaram o desencadeamento de grandes empresas multinacionais, que, por vezes, atravancam a possibilidade de se determinar a autoria em eventos delitivos. Por meio de uma estrutura rígida piramidal complexa e altamente organizada, com específica divisão de tarefas, funções controle e poder, as novas sociedades empresárias muito bem delimitam quem emite ordens e quem as cumpre, dificultando, ainda mais, a individualização da imputação de autoria de fatos delitivos praticados.

Esta nova espécie de crime cometida por meio de uma pessoa jurídica ensejou a crescente discussão acerca das questões relativas à (i) possibilidade e necessidade político-criminal de responsabilizar não só civil e administrativamente, mas também penalmente a própria organização empresarial; bem como à (ii) imputação individual da responsabilidade criminal dos agentes compositores da sociedade empresarial.

As atuais estruturas empresariais, dotadas de hierarquias altamente organizadas e fortemente controladas, ensejaram novas problemáticas no que diz respeito à delimitação de autoria, quanto à imputação de responsabilidade penal individual do fato típico. Apesar da dificuldade apresentada em delimitar a caracterização individual de responsabilidade, fato é que cada vez mais a própria organização empresarial tem sido utilizada por seus órgãos diretivos para o cometimento de delitos.

Desta maneira, parte desta dificuldade estaria sanada se fosse cabível a aplicação da Teoria do Domínio da Organização. Para isto, necessário analisar se a organização empresarial pode se constituir como um aparato organizacional de poder.

Proeminente destacar que as organizações empresariais são voltadas, em sua grande maioria, para o sucesso financeiro, assim como uma organização criminosa, como visto já anteriormente. Contudo, o que a distinção ficaria a cargo da finalidade de atuação, uma vez que na organização criminosa constituiria como ilícita, já na organização meramente empresarial, lícita. Ocorre que, necessária enfatizar que, ainda que diante de um funcionamento originalmente lícito, como nas sociedades empresárias, pode, em algum momento, ocorrer desvio de finalidade de condutas de funcionários e demais colaboradores – indivíduos fungíveis – por meio de uma ordem hierarquicamente superior – “homem de trás”.

A dificuldade da responsabilização ainda se deve ao fato de que, no interior de uma estrutura organizada todas as vontades se dirigem a um único propósito, no qual pensamentos e ambições particulares de cada indivíduo pertencente deve se sacrificar em prol da organização, como verdadeira transformação da personalidade de cada agente dentro do aparato, complicando ainda mais as investigações que visam identificar quem seriam os integrantes dos grupos, bem como executores e mandantes – “homens de trás”, estes últimos sempre protegidos pelo aparato organizacional de poder.

Deste modo, resta-se evidenciado que a teoria do domínio pela organização concentra um maior domínio sobre o fato em comparação com as demais formas de domínio (por erro, por coação), ainda mais porque a estrutura piramidal hierarquicamente organizada confere ao mandante, “homem de trás”, o controle absoluto acerca do funcionamento da organização. Assim, o executor, embora responsabilizado penalmente, age sem depender de estado de engano ou apoderando-se de eventual subterfúgio, visto que não detém o domínio do fato delituoso que comete e tampouco pode impedir o homem de trás de alcançar o resultado pretendido, pois ocupa uma posição hierarquicamente inferior e torna-se totalmente fungível diante da máquina operacional. Nas palavras de

Assim como demonstrado anteriormente nas organizações criminosas, nas sociedades empresariais os funcionários executores da conduta delitiva se constituem como figuras ignoradas e integralmente substituíveis, controlados por uma central – normalmente sócios da empresa – posicionada de forma hierarquicamente superior que emana ordens a serem cumpridas. Essa central, tida como a autoria mediata, não necessita usar de coação, erro, tampouco meios escusos

para que a ordem por ela emanada seja cumprida, haja vista que, na hipótese de um funcionário (executor material) não a cumprir, outro o fará. Nas palavras de Arthur Lemos Pinto Junior:

Embora responsável – não atua sob erro ou coação –, o executor não tem o domínio do fato delituoso que comete e tampouco pode impedir o “homem de trás” de alcançar o resultado visado, vez que ocupa uma posição subordinada e é caracterizado pela fungibilidade. Ou seja, os executores são engrenagens numa máquina, que se falharem serão substituídos por outras rapidamente – sem a participação direta do «homem de trás». Constituem, pois, «figuras anônimas e substituíveis». Como vimos no item anterior, há a constituição de um ente ou uma instituição controlada por uma central, como uma espécie de cérebro do aparato, no qual se encontra o verdadeiro autor do crime.

Para tanto, não é preciso recorrer a meios de coação ou enganosos, pois se um executor não cumprir sua ordem, outro o fará, não restando afetada a execução do plano global. É verdade que, por vezes, como já salientado, o domínio da organização pode provocar no executor pressão correspondente a uma coação ou mesmo uma instigação qualificada, como forma de evitar a dissidência da unidade organizacional, quando esse domínio poderá aproximar-se da tradicional concepção da autoria mediata – fundada na coação do instrumento não responsável.

Numa visão mais prática, pode-se dizer que tal domínio permite ao “homem de trás” apertar o botão dando a ordem de matar e poder confiar que a ordem vai ser “cumprida sem que se tenha que conhecer o executor; ou – com JÄGER – a simples ação do «homem de trás” firmar um documento ou falar ao telefone, pode já ser o bastante para constituir um assassinato.<sup>37</sup>

Assim, o “homem de trás” resta-se, na maioria das vezes, protegido e confortável em sua posição, haja vista que dispõe de todo um aparato organizacional à sua frente para sua preservação e com uma mera ação de realizar uma ligação, assinar um documento ou até o envio de uma mensagem, tem a certeza de cumprimento de sua ordem, seja para esconder a origem de capital ou até mesmo a execução de homicídio, se necessário.

Diante de tanto, a teoria do domínio do fato por organização tem sido bem recepcionada à doutrina brasileira, sobretudo após o julgamento da Ação Penal 470 – Mensalão que será analisada em breve, no tocante à imputação da responsabilidade jurídico-penal dos dirigentes de pessoas jurídicas. Considerar a figura do sócio da sociedade empresarial como autor mediato, mesmo sem ter executado, de fato, o verbo constante na norma penal incriminadora, é dar a importância devida

---

<sup>37</sup> LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. A Responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 35-71, jan./jun. 2004, p. 52.

e necessária ao seu domínio do fato delitivo e reconhecê-lo como verdadeiro possuidor do mais importante contributo responsável pela ação criminosa.

### **3.3.2. Decisões orientadas nos tribunais superiores à organizações empresarias pela teoria do domínio da organização**

A Teoria do Domínio da Organização já fora empregada pela Corte Suprema aos delitos cometidos pelas organizações empresariais, como por exemplo na decisão monocrática relatada pelo Min. Alexandre de Moraes, como se segue:

#### **EMENTA**

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (e-STJ, fls. 3.106/3.107):

“PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INC. I E II, DA LEI Nº 8.137/90. PRESCRIÇÃO RETROATIVA NÃO VERIFICADA. NULIDADE DA AÇÃO PENAL POR DERIVAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. TESE AFASTADA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO. CONDENAÇÃO PARCIALMENTE MANTIDA. BENEFÍCIOS DO ART. 13 DA LEI Nº 9.807/99 E DO PAR. ÚNICO DO ART. 16 DA LEI Nº 8.137/90. INAPLICABILIDADE.

1. Conforme a Súmula Vinculante nº 24, o crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inc. I a IV, da Lei nº 8.137/90, não se tipifica antes do lançamento definitivo do tributo, de forma que somente neste momento se inicia a contagem do prazo prescricional. Pretensão punitiva que permanece hígida.
2. Considerando que o processo administrativo-fiscal desenvolveu-se de modo autônomo e pautou-se em elementos de prova independentes dos que foram declarados ilícitos, não se cogita nulidade da ação penal.
3. Comete crime contra a ordem tributária o agente que suprime ou reduz o pagamento de tributos mediante fraude à fiscalização tributária, declarando ao Fisco receita inferior à efetivamente auferida e deduzindo despesas não comprovadas.
- 4. O sujeito ativo do crime de sonegação de tributo cometido no âmbito de uma pessoa jurídica é, em regra, o seu administrador: a pessoa que detém o poder de gerência, o comando, o domínio sobre a prática ou não da conduta delituosa. A teoria do domínio da organização, como espécie da teoria do domínio do fato, desenvolvida por Claus Roxin, a explicar a autoria mediata, em que o líder da organização, com poder de mando, determinando a prática**

**delitiva a subordinados, autoriza a responsabilização por esta. Precedentes.<sup>38</sup>**  
(sem destaque no original)

No caso julgado pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e, posteriormente, em decisão monocrática da Suprema Corte, o réu X foi condenado, juntamente com outros dois agentes, como incurso nas sanções do 1º, incisos I e II, da Lei 8.137/90. Ocorre que o réu X constituía-se como sócio-diretor de uma organização empresarial e, na qualidade deste, reduziu IRPJ e tributação reflexa por meio da omissão de receitas e deduções de receitas não comprovadas, configurando os tipos penais acima descritos.

A defesa de X questionou a imputação da autoria ao agente, uma vez que X não participava das tomadas de decisões da empresa e, então, não detinha conhecimento acerca das sonegações perpetradas. Contudo, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região restou-se cristalina em seu acórdão ao afirmar que a autoria delitiva é atribuída ao responsável efetivo pela administração da sociedade empresária, sendo assim, àquele que detém poder de comandar e decidir acerca da prática ou não da conduta delitiva, relembrando inclusive o julgamento da Ação Penal 470/MG, que será analisada a seguir. Nas palavras do relator:

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico.

Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria

(...)

Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> STF – Recurso Extraordinário RE 1282473/SC, Relator Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 17/08/2020, Data da Publicação: 20/02/2020, DJe-207 Divulg. 19/08/2020.

<sup>39</sup> TRF-4 ACR: 5000764-94.2016.4.04.7208 SC, Relator: João Pedro Gebram Neto, Data de Julgamento: 14/08/2019, Oitava Turma.

Por fim, ainda no acórdão o relator ainda se faz claro ao distinguir o gênero da Teoria do Fato da sua espécie aqui analisada, Teoria da Organização, esclarecendo:

A teoria do domínio do fato como, como gênero, deve ser aplicada no caso de crimes cometidos pelos altos dirigentes de entidades empresariais na sua espécie conhecida como domínio das organizações. Diferentemente da teoria do domínio do fato – cujo intuito principal é distinguir de maneira precisa as figuras do autor e do partícipe -, a teoria do domínio da organização, também desenvolvida por Claus Roxin, situa-se como forma autônoma de autoria mediata, em que o líder da organização, dotado de poder de mando (“homem de trás”), determina a prática delitiva, podendo ser responsabilizado por esta.

Embora a adoção da teoria do domínio das organizações tenha surgido em contexto bastante específico, a partir dos crimes havidos no estado totalitário alemão, tenho que a mesma bem explica a atuação do autor mediato (o homem de trás) no contexto de crimes praticados por intermédio de organizações.<sup>40</sup>

Assim, na medida em que o réu X, além de ocupar cargo de sócio diretor da empresa e, portanto, posição hierarquicamente superior em uma estrutura organizada de poder, restou demonstrado também que ele participava de forma efetiva das tomadas de decisões da organização empresarial, ainda que sem realizar pessoalmente os verbos nucleares dos tipos penais contidos na peça acusatória, uma vez que emanava ordens que eram cumpridas pelos seus executores que compunham o aparato.

De mesmo modo, a decisão relatada pela Ministra Carmen Lúcia, no ARE 1347489/RS:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA PRATICADO POR PARTICULAR. INC. I DO ART. 1º DA LEI N. 8.137/1990. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL NA ORIGEM. TEMA 660. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE RECURSO OU AÇÃO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: SÚMULA VINCULANTE N. 24. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório

1. Agravo nos autos principais contra inadmissão de recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República

---

<sup>40</sup> Idem.

contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região: “PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO DE IRPJ E TRIBUTAÇÃO REFLEXA. ART. 1º, INC. I, DA LEI Nº 8.137/90. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. 1. Conforme a Súmula Vinculante nº 24, o crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inc. I a IV, da Lei nº 8.137/90, não se tipifica antes do lançamento definitivo do tributo, de forma que somente neste momento se inicia a contagem do prazo prescricional. Pretensão punitiva que permanece hígida.

2. Comete crime contra a ordem tributária o agente que reduz o pagamento de tributos mediante a prestação de informações sobre receitas em montante inferior ao efetivamente auferido.

3. O sujeito ativo do crime de sonegação de tributo cometido no âmbito de uma pessoa jurídica é, em regra, o seu administrador: a pessoa que detém o poder de gerência, o comando, o domínio sobre a prática ou não da conduta delituosa.

**4. A teoria do domínio da organização, como espécie da teoria do domínio do fato, desenvolvida por Claus Roxin, autoriza a responsabilização do líder da organização, pois é ele quem ostenta o poder de mando e emite a ordem, determinando a prática delitiva a subordinados.** Precedentes.

5. Comprovados a materialidade e autoria, e sendo o fato típico, ilícito e culpável, deve ser mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90.<sup>41</sup> (sem destaque no original)

No caso julgado pela Oitava Turma do Tribunal Federal da 4ª região, o réu Y, responsável legal da pessoa jurídica que trabalha, fora condenado por suprimir e reduzir tributos, em diversas oportunidades, mediante omissão de informações às autoridades fazendárias quanto ao recebimento de rendas tributáveis, totalizando a quantia de R\$ 3.098.520,56 (três milhões e noventa e oito mil e quinhentos e vinte reais e cinquenta e seis centavos) entre Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, obrigação tributária de recolhimento de contribuição social sobre o lucro líquido, obrigação tributária de recolhimento de contribuição para o financiamento da seguridade social e Programa de Integração Social – PIS, durante um período de vários anos.

Assim, o réu Y fora condenado pela prática do crime disposto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.130/90 à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 30 (trinta) dias multa. Não obstante o condenado questionar em apelação a autoria do delito, a Oitava Turma se fez cristalina ao afirmar que:

---

<sup>41</sup> STF – ARE 1347489/RS - RIO GRANDE DO SUL, Relatora Ministra Carmen Lúcia, Julgamento: 08/10/2021; Publicação: 13/10/2021; DJe-203 DIVULG 11/10/2021 PUBLIC 13/10/2021.

Tratando-se de tributo devido pela pessoa jurídica, a autoria delitiva é atribuída, em regra, ao efetivo responsável pela sua administração: isso é, à pessoa que, comprovadamente, exerce a gestão empresarial, que detém o poder de comando, de decisão sobre a prática ou não da conduta delitiva. A imputação ao administrado, inclusive, resta autorizada pela Lei n 8.137/90.<sup>42</sup>

Relatando ainda que:

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado provar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção juris tantum de autoria.<sup>43</sup>

Citando ainda HALS WELZEL, o Relator esclareceu que autor é quem detém o controle sobre o resultado final almejado. Ressaltando que:

(...) no crime com utilização de empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico.<sup>44</sup>

Deste modo, apesar do réu Y não executar, de fato, os verbos nucleares contidos nos tipos penais da denúncia, restou consignado que, por ser o responsável legal da pessoa jurídica, detinha o domínio da organização acerca do cometimento dos delitos tributários investigados.

### **3.4. Combate à corrupção – Ação Penal 470/MG – Caso Mensalão**

Inegável afirmar que o tema ora analisado ganhou notável importância em 2007, em um dos maiores escândalos de corrupção noticiado no Brasil, quando a Teoria do Domínio do Fato

---

<sup>42</sup> TRF4 – ACR, 5008529-12.2017.4.04.7102, Relator João Pedro Gebran Neto. Data de julgamento 24/03/2021, oitava turma.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> Idem.

fora utilizada pelo então Procurador Geral da República, Antônio Fernando Souza, que denunciou 40 (quarenta) agentes detentores de foro por prerrogativa de função no caso que ficou nacionalmente conhecido como Mensalão.

O chamado “Caso Mensalão” iniciou-se quando o ex-deputado federal, e à época dos fatos também Presidente Nacional do Partido Brasileiro – PTB, Roberto Jefferson, denunciou, diante da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – “CPMI dos Correios” – a existência de pagamentos mensais a parlamentares da base do governo que, em troca, votavam a favor de interesses do governo nos projetos enviados à Câmara dos Deputados, durante o primeiro mandato do então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Destarte, através do Inquérito Policial nº 2245, instaurado em 20 de julho de 2005, uma intensa investigação foi perpetrada pela Polícia Federal, acarretando a denúncia de 40 (quarenta) pessoas pela Suprema Corte, devido ao fato de que alguns dos investigados detinham foro por prerrogativa de função.

Ressalte-se que, já de início, quando da persecução do referido inquérito, que gravitava em torno da discussão do recebimento da peça acusatória, o Supremo Tribunal Federal fez-se claro ao estabelecer que, para o reconhecimento da autoria e coautoria não se restava necessária a participação efetiva de cada um dos agentes em atos materiais de execução dos crimes, sendo cabível a repartição de tarefas entre os participantes do grupo criminoso.

Ainda, o Ministério Público Federal evidenciou, em sua peça acusatória, a existência de três núcleos – operacional, político e financeiro – compositores do aparato destinados à obtenção dos recursos financeiros e posterior pagamento aos destinatários. Assim, orientados por José Dirceu e outros agentes, diversos empresários captavam recursos, por meio de contratos simulados de agência de publicidade com o Banco do Brasil e a Câmara dos Deputados, que transmitiam os valores sem a contraprestação de qualquer serviço, por meio de empréstimos fictícios perante instituições financeiras.

A denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal fora recebida em 28 de junho de 2007, transformando-se, assim, na Ação Penal nº 470/MG. A primeira aparição da Teoria ora analisada ocorreu na própria peça acusatória, na qual o Procurador Geral da República utilizou-a com o objetivo de imputar a José Dirceu a qualidade de chefe do aparato criminoso, uma vez que deteria o domínio funcional de todos os crimes praticados contra a Administração Pública. Por

meio da aplicação desta Teoria, José Dirceu foi apontado como autor mediato dos crimes, na medida em que apesar de não realizar todos os verbos nucleares descritos nos tipos penais contidos na denúncia, fora considerado o responsável por ser o autor intelectual do aparato organizacional estruturado. A utilização do Domínio do Fato foi acompanhada pelo então relator da Ação Penal em andamento, Ministro Joaquim Barbosa. Neste cenário, o Ministro da Casa Civil seria o responsável pela articulação política da base aliada do governo e, por conseguinte, mandante dos delitos de corrupção ativa da operação.

Em contrapartida, a defesa de alguns acusados gerou considerável alvoroço ao sustentar que a Teoria do Domínio do Fato não poderia ser aplicada à Ação em persecução, uma vez que não caberia a imputação de autor mediato e intelectual aos envolvidos, como pretendia a acusação. As partes defensivas alegavam que, em respeito às regras e princípios norteadores do Direito Penal Brasileiro, assim como ao sistema processual penal do país, em caso de dúvida, deveria prevalecer o princípio *in dubio pro reo* (*in dubio pro reo*: tal princípio do ordenamento jurídico sustenta a tese de que na dúvida, deve-se interpretar em favor do acusado, visto que a garantia de liberdade do indivíduo deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado).

Incontestável que o Ministro Joaquim Barbosa, relator da citada Ação Penal, adotou a referida com o fito de abarcar os integrantes do denominado núcleo político, com atenção especial voltada a José Dirceu, visto que os delitos praticados foram cometidos mediante amplo e diversificado concurso de agentes, sempre por meio de divisão de tarefas e unidade de desígnios, tendo cada um dos agentes contribuído praticando uma fração dos atos executórios. Deste modo, a inicial descreveu o papel de comando desempenhado por José Dirceu, em conjunto com José Genuíno, presidente do Partido dos Trabalhadores – PT - à época dos fatos, sustentando que ambos foram indispensáveis na consumação do delito, a contrário *sensu*, na ausência da contribuição destes, o sucesso não teria sido alcançado.

De início, o relator assevera acerca do tema:

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da

ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final.<sup>45</sup>

Ponderando, ainda, que:

Com efeito, a moderna dogmática jurídico-penal apregoa que os coautores seriam aqueles que, possuindo domínio funcional do fato, desempenham uma participação importante e necessária ao cometimento do ilícito penal. Nas palavras de Claus Roxin, seu principal artífice, o domínio funcional do fato: *‘se pone de manifiesto que entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atienden unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni otra clase de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa en la realización del delito em los que la acción típica la lleva a cabo outro’*<sup>46</sup>.

Em outras palavras, a atuação do coautor detém uma função específica na execução do ilícito penal que possui reflexos para o seu aperfeiçoamento, de sorte que a não colaboração compromete o êxito do ilícito. Como bem observa Johannes Wessels:

*‘todo colaborador é aqui, como parceiro dos mesmos direitos, co-titular da resolução comum para o fato e da realização comunitária do tipo, de forma que as contribuições individuais completam-se em um todo unitário e o resultado total deve ser imputado a todos os participantes’*<sup>47,48</sup>.

Para imputar a responsabilidade penal ao chamado núcleo político do aparato, o relator enfatizou que os componentes do referido núcleo detinham o domínio funcional sobre o fato, destacando a clara divisão de tarefas entre os integrantes, sempre com o intuito de assegurar o sucesso da empreitada criminosa. Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa:

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Tribunal pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 22.04.2013; STF. p. 1161. Disponibilizado em: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf). Acesso em 20 de dezembro de 2022.

<sup>46</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del hecho em Derecho Penal*. 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 305.

<sup>47</sup> WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, p. 121.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Tribunal pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 22.04.2013; STF. p. 1161. Disponibilizado em: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf). Acesso em 20 de dezembro de 2022.

(...) os pagamentos de vantagens indevidas foram executados mediante amplo concurso de agentes, com divisão de tarefas detalhadamente demonstrada, em que cada autor praticou uma fração dos atos executórios do iter criminis.<sup>49</sup>

Por fim, com o pretexto de explicitar o emprego da referida Teoria, o Relator em seu voto utiliza dos ensinamentos do doutrinador e professor Damásio de Jesus:

Trata-se do chamado ‘domínio funcional do fato’, assim denominado porque alude à repartição de atividades (funções) entre os sujeitos. Os atos executórios do iter criminis são distribuídos entre os diversos autores, de modo a que cada um é responsável por uma parte do fato, desde a execução até o momento consumativo (...).<sup>50</sup>

No julgamento do caso em apreço, apesar da Teoria ter sido recepcionada por grande parte dos membros da Corte Suprema, o que levou à imputação de coautoria ou autoria mediata a membros dos chamados núcleos econômico e político, necessário salientar que a Teoria do Domínio do Fato por organização recebeu fortes críticas no voto referente ao Ministro Ricardo Lewandowski. Pelo Ministro fora sustentado que a simples detenção de posição hierarquicamente superior não se revelava o bastante para que fosse imputada coautoria ou autoria mediata. Em razão de tanto, defendeu que a condenação dos réus da Ação Penal não poderia ser baseada em meras conjecturas, reforçando a má utilização da Teoria, que ocasionaria insegurança jurídica, invocando, ainda, o princípio da legalidade.

Apesar de recebidas algumas críticas quanto à aplicação na referida Ação Penal 470/MG, incontestável destacar o sucesso em sua adoção para alcançar os acusados, principalmente dos núcleos político e financeiro que, ainda que sem realizar o verbo nuclear dos tipos penais incriminadores contidos na denúncia recebida, possuíam o domínio final sobre o fato, uma vez que os réus detinham os poderes de fazer interromper, ou mesmo cessar, se desejassem, a atividade criminosa.

Necessário ainda salientar que, apesar da referida Teoria ter sido adaptada à realidade brasileira, e ainda que não exista uma força jurídica relevante, após o julgamento da Ação Penal

---

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Tribunal pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 22.04.2013; STF. p. 1161. Disponibilizado em: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf). Acesso em 20 de janeiro de 2022

<sup>50</sup> Idem.

470/MG e a respectiva publicação de seu acórdão no Diário de Justiça Eletrônico, a Teoria do Domínio do Fato vem ganhando diversos apoiadores, tanto por parte dos advogados, quanto de membros do Ministério Público, que guiam suas peças processuais no discutido pela própria Ação Penal.

Por fim, cabe uma ressalva no tocante a um equívoco cometido quando do julgamento do “Caso Mensalão”. O descuido ocorreu ao misturar gênero e espécie, mais precisamente Teoria do Domínio do Fato (gênero), que possui como espécie o ora estudado Domínio da Organização. Ocorre que quando da análise da Ação Penal 470/MG, ambos termos foram utilizados como sinônimos, sem considerar este último como subespécie do primeiro. Apesar de ambas as ideias guardarem relações de semelhança, ainda mais por se tratarem de gênero-espécie, são independentes.

Sobre o tema, ponderação de ALAOR CARLOS LOPES LEITE (2002):

Em vários momentos, nossos ministros fizeram referência à teoria do domínio do fato quando estavam, na verdade, querendo referir-se à teoria do domínio da organização, e assim acreditavam poder fundamentar a punição de determinados acusados que gozavam de posições hierárquicas de destaque.<sup>51</sup>

Apesar de em diversos trechos das intervenções dos Ministros da Suprema Corte, estes terem se utilizado do termo “Teoria do Domínio do Fato” quando do julgamento da referente Ação Penal, certo é que o termo correto seria “Teoria do Domínio da Organização”. Isso porque, sem a utilização desta última, considerando o sistema penal brasileiro que, em seu artigo 29 do Código Penal diferencia autor de partícipe, aos “homens de trás” seria imputada mera instigação dos delitos. Do contrário, ou seja, adotando a Teoria da Organização, esses indivíduos se tornam não instigadores, mas sim autores mediatos dos delitos praticados.

---

<sup>51</sup> LEITE, Alaor Carlos Lopes. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 106, p. 64, jan./fev. 2014.

## CONCLUSÃO

A partir do amplo debate trazido no presente trabalho, inegável deduzir que a discussão acerca responsabilidade penal é um tema que há anos permeia os bancos das universidades e as páginas das doutrinas. Paralelo a isto, necessário salientar também que, a criminalidade no Brasil vem se transformando em diversos âmbitos, sendo cada vez mais praticada por meio de organizações altamente hierarquizadas e estruturadas, tanto criminosas quanto aquelas que, de início, funcionam em conformidade com o direito, mas, em dado momento, passam a ir de encontro a este.

Diante da modernização quando do cometimento de delitos por seus agentes, surge a necessidade de modernização, também, na temática do concurso de pessoas no ordenamento jurídico.

Os conceitos tradicionais delineados no Direito Brasileiro se tornam, de certa forma, em descompasso com a nova realidade de crimes praticados. Assim, as novas concepções esboçadas por WELZEL e edificadas por ROXIN se revelam uma fonte potencial no combate a impunidade dos autores por trás dos executores finais.

Assim, a Teoria do Domínio da Organização se revela compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, ainda mais porque ela não se traduz na ideia de transformar a absolvição na condenação, mas sim de imputar a devida responsabilidade penal a cada um dos agentes que concorre para um delito. O real efeito jurídico da adoção da Teoria ora analisada é transformar os “homens de trás” em autores mediatos dos crimes cometidos, e não apenas meros instigadores destes. Não há, deste modo, uma transferência de responsabilidade de níveis inferiores a níveis superiores, visto que os autores imediatos continuam, ainda, ocupando posição de autores. Portanto, não há que se falar em eventual insegurança jurídica quando da aplicação da Teoria.

Ressalte-se, também, que a Teoria do Domínio da Organização não só comporta aporte nas legislações infraconstitucionais e constitucionais, como também revela uma proteção efetiva aos direitos fundamentais, na medida em que a devida responsabilização dos dirigentes e líderes das organizações resta-se imprescindível para que se alcance uma proteção penal suficiente dos bens jurídicos ameaçados.

Ademais, a Teoria já vem defendida por diversos doutrinadores e utilizada com perfeição em julgamentos como solução satisfatória no combate ao bojo da criminalidade organizada, nos casos de autoria intelectual, bem como autoria mediata, o que restaria impossível de ser enfrentada de maneira justa caso somente fosse empregada a teoria objetivo-formal.

Diante de tanto, elucidou-se que a teoria sob enfoque merece plena e imediata aplicação ao direito pátrio, ressalvando-se que há de ser complementada com a teoria objetivo-formal, bem ainda adaptada à nossa realidade jurídico-penal, com o intuito de evitar a responsabilização objetiva do agente.

## BIBLIOGRAFIA

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

ARARUNA, Rangel Bento. **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará – A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil**. 23 de dezembro de 2022, em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Cad-MP-CE\\_v.01\\_n.01\\_t.02.04.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.01_t.02.04.pdf).

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes: uma investigação sobre os Problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Aplicação da teoria do domínio do fato na AP 470**. Conjur, São Paulo, 13 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-13/direito-defesa-aplicacao-teoria-dominio-fatos-ap-470>. Acesso em: 10 de dezembro de 2022.

BRASIL, Legislação Informatizada. **Decreto-Lei Nº 2.848**, de 7 de dezembro De 1940. Exposição de Motivos. Disponibilizada em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF. Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 11.343/06**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Artigo 33. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em 19 de dezembro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.137**, de 27 de novembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Artigo 1º. Disponibilizado em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm). Acesso em 19 de dezembro de 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 19 de dezembro de 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 19 de dezembro de 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

CERVINI, Raul. *El Derecho Penal de La Empresa Desde Una Visión Garantista*. Ed. Bdef, Montevideo, 2005.

COSTA, José Faria. **O fenômeno da globalização e o direito penal econômico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 9, n. 34, abril-junho 2001. São Paulo: Ed. RT.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília/DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 19 de dezembro de 2022.

ENDRUWEIT, Gunter. *Organisationssoziologie*. 2. Aufl, Stuttgart: Lucius & Lucius Verlag UTB, 2004.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Geral (Arts. 1º a 120)**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Autoria e participação delitiva**: Da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva. Revista dos Tribunais. Ano 2005.

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

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

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 Editora, 2014. 1ª ed.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **A distinção entre autor e partícipe como problema do legislador**: a autoria e participação no Projeto de Código Penal. In: GRECO, Luís et al. 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: GRECO, Luís et al. 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; TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo**: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central na autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís et al. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HEFENDEHL, Roland. *El dominio del hecho en las empresas desde una perspectiva criminológica*. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 75, p. 43-56, 2004. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5312158>. Acesso em: 10 de dezembro de 2022.

JAPIASSÚ, Carlos; SOUZA, Artur. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1, 2ª edição. Forense, 08/2015. Vital Source Bookshelf Online.

LEITE, Alaor. **Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por terceiros**. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís et al. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro* 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 1. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; NASSAR, Bruno Nazih Nehme. **Autoria como um Conceito Aberto**: Teoria do Domínio do Fato, Teoria da Organização e o Combate às Novas Formas de Criminalidade no Brasil. *Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito*, PUC-SP, vol. 1, n.1, 2019.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Política Criminal pós-88**: O Ministério Público e a Dualidade entre Garantismos Positivo e Negativo. In “Ministério Público – Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional”, Ed. Malheiros, Coordenação: Walter Paulo Sabella, Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e José Emmanuel Burle Filho, 2013.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A teoria dos Mandados de Criminalização e a Corrupção**. *Revista Jurídica da ESMP*, vol. 5, 2014.

ROXIN, Claus. **O domínio por organização como forma independente de autoria mediata**. Trad. Pablo Rodrigo Aflen da Silva. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito – Panóptica*, vol. 4, nº 3, 2009.

ROXIN, Claus. **O Domínio por Organização como forma independente de autoria mediata.** Revista Acadêmica de Direito Panóptica, n. 17, p. 69-94, nov. 2009, 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/86>. Acesso em 13 de dezembro de 2022

ROXIN, Claus. *Taterchaft und Tatherrschaft*. 6. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 11<sup>a</sup> ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman: parte general*. 11<sup>a</sup> ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal**. 4<sup>a</sup> ed. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*. In: \_\_\_\_\_. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: walter De Gruyter, 1975.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZIEGLER, Jean. **Senhores do Crime**. As novas máfias contra a democracia. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.