

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

ISABELA METHENITIS ROMANO

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA IMPUTAÇÃO DE CRIMES TRIBUTÁRIOS
EM SOCIEDADES EMPRESARIAIS COMPLEXAS**

SÃO PAULO

2025

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ISABELA METHENITIS ROMANO

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA IMPUTAÇÃO DE CRIMES TRIBUTÁRIOS
EM SOCIEDADES EMPRESARIAIS COMPLEXAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Professor Dr. Alexandre Rocha Almeida de Moraes.

SÃO PAULO

2025

ISABELA METHENITIS ROMANO

**A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NA IMPUTAÇÃO DE CRIMES TRIBUTÁRIOS
EM SOCIEDADES EMPRESARIAIS COMPLEXAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Prof. Dr. Alexandre Rocha Almeida de Moraes – Orientador
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo, 19 de maio de 2025.

Dedico este trabalho à minha avó paterna, Marinês dos Santos Leonardo, cujo esforço, generosidade e apoio incondicional tornaram possível a realização deste sonho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por me conceder forças nos momentos de cansaço, serenidade nas incertezas e coragem para seguir em frente, mesmo diante dos maiores desafios.

À minha família, pelo amor inabalável, pela paciência e pelo apoio constante em cada etapa desta jornada.

Aos meus amigos, pela companhia, incentivo e pelas palavras de conforto nos momentos em que mais precisei.

Aos professores da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por compartilharem não apenas conhecimento, mas também ética, paixão pelo Direito e compromisso com a formação de juristas conscientes.

Aos colegas de profissão, pelo convívio, pelas trocas de experiências e pelo companheirismo ao longo dessa caminhada acadêmica e profissional.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho, deixo aqui minha mais sincera gratidão.

A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir.

- Rudolf Von Ihering

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por objetivo analisar a eficácia da teoria do domínio do fato na imputação de crimes tributários praticados no âmbito de estruturas empresariais complexas, à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro. Partindo de uma investigação teórica sobre as diferentes concepções de autoria e participação no concurso de pessoas, o estudo aprofunda-se na formulação elaborada por Claus Roxin, com especial atenção às modalidades de domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional do fato. A pesquisa demonstra que a aplicação indiscriminada da teoria em casos de criminalidade econômica pode levar ao risco de responsabilização penal objetiva, especialmente quando a função hierárquica do agente é utilizada como critério exclusivo de imputação. Nesse contexto, o trabalho defende a adoção de parâmetros dogmáticos rigorosos para o reconhecimento da autoria, de modo a preservar os princípios da culpabilidade e do devido processo legal. Por fim, destaca-se o papel estratégico dos programas de *compliance* como mecanismo preventivo eficaz frente à responsabilização penal nas organizações empresariais.

Palavras-Chave: Domínio do fato. Autoria. Crimes tributários. Responsabilidade penal. *Compliance*.

ABSTRACT

This undergraduate thesis aims to analyze the effectiveness of the theory of control over the act (“*domínio do fato*”) in attributing criminal liability for tax crimes committed within complex corporate structures, under Brazilian criminal law. Beginning with a theoretical investigation of the different concepts of perpetration and participation in joint criminal enterprises, the study delves into Claus Roxin’s formulation, with particular focus on the modes of action control, will control, and functional control of the act. The research shows that the indiscriminate application of this theory in economic crime cases may lead to the risk of strict criminal liability, especially when hierarchical position alone is used as the basis for attributing authorship. In this context, the work argues for the use of strict dogmatic criteria to define authorship, in order to uphold the principles of culpability and due process of law. Lastly, it emphasizes the strategic role of *compliance* programs as effective preventive tools against criminal liability in corporate environments.

Keywords: Control over the act. Perpetration. Tax crimes. Criminal liability. *Compliance*.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. O CONCURSO DE PESSOAS NO BRASIL	13
2.1. AS TEORIAS: UNITÁRIA, PLURALISTA E DUALISTA.....	13
2.2. O CÓDIGO PENAL ADOTA UM CONCEITO EXTENSIVO OU RESTRITIVO DE AUTOR?.....	15
3. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.....	21
3.1. PANORAMA HISTÓRICO	21
3.2. O CONCEITO DE DOMÍNIO DO FATO PARA ROXIN	23
3.2.1. O Domínio da Ação.....	25
3.2.2. O Domínio da Vontade.....	26
3.2.3. O Domínio Funcional do Fato	28
3.3. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO COMO A MANIFESTAÇÃO DE UM CONCEITO RESTRITIVO DE AUTOR.....	29
4. DA DESVIRTUAÇÃO À SUPERAÇÃO: A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SEU USO INDEVIDO COMO SUPORTE PROBATÓRIO	31
5. OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/1990) E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	36
6. O PERIGO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL OBJETIVA	42
7. O <i>COMPLIANCE</i> COMO ESTRATÉGIA PREVENTIVA	45
8. CONCLUSÃO.....	49
9. REFERÊNCIAS	51

1. INTRODUÇÃO

A responsabilização penal por delitos cometidos no âmbito de sociedades empresariais complexas, especialmente aqueles voltados contra a ordem tributária, apresenta-se como um dos grandes desafios do direito penal contemporâneo.

À medida que as relações corporativas se tornam cada vez mais sofisticadas e as funções se dispersam entre diversos agentes, identificar com precisão os responsáveis por condutas ilícitas – decifrando, assim, o liame psicológico do agente (vínculo subjetivo) – vem se tornando uma tarefa cada vez mais árdua.

Nesse contexto, a teoria do domínio do fato, desenvolvida com maior robustez por Claus Roxin, surge como uma ferramenta dogmática relevante (mas sem pretensão universalista) para delimitar a autoria e a participação nos delitos praticados em coautoria.

Contudo, a utilização indiscriminada dessa teoria, especialmente em contextos de criminalidade econômica, tem despertado preocupações quanto ao risco de sua banalização como expediente probatório, podendo conduzir a uma reprovável responsabilização penal objetiva.

A presente pesquisa, portanto, propõe-se a examinar criticamente os contornos dogmáticos da teoria do domínio do fato, seus limites de aplicação e os riscos de sua instrumentalização indevida como fundamento de imputação penal em estruturas empresariais complexas.

Além disso, a tese dedica atenção especial ao papel estratégico dos programas de compliance, não apenas como ferramenta de integridade corporativa, mas também como meio preventivo capaz de favorecer a transparência na gestão corporativa e proteger dirigentes e administradores de possíveis imputações indevidas.

A metodologia adotada neste trabalho é, portanto, predominantemente qualitativa e bibliográfica, construída a partir da análise de doutrina nacional e estrangeira, palestras, decisões jurisprudenciais relevantes, artigos acadêmicos e obras de referência no campo do direito penal.

Assim sendo, no Capítulo 2 do presente trabalho, buscou-se examinar, introdutoriamente, o conceito de concurso de pessoas no Brasil, apresentando as principais teorias dogmáticas sobre o tema – unitária, pluralista e dualista – e discutindo se o código penal brasileiro adota um conceito extensivo ou restritivo de autor. A análise destaca o caráter ambíguo dos artigos 29 a 31 do código penal e o embate doutrinário acerca da interpretação extensiva da autoria, especialmente após a reforma penal de 1984.

No Capítulo 3, o trabalho dedica-se a destrinchar a teoria do domínio do fato com maior riqueza de detalhes, partindo de um panorama histórico que resgata as formulações anteriores à sistematização de Roxin. A partir disso, são detalhadas as três modalidades de domínio (da ação, da vontade e funcional do fato), com ênfase na sua relevância prática para delimitação da autoria penal.

O Capítulo 4, por sua vez, aborda criticamente a desvirtuação da teoria do domínio do fato, especialmente quanto ao seu uso como fundamento substitutivo da prova na imputação penal, com destaque para a ação penal 470 (Mensalão) e a crítica de autores e juristas à vulgarização da teoria. São analisadas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que representam um retorno a uma leitura mais técnica e limitada da teoria.

No Capítulo 5, discute-se a interface entre os crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei nº 8.137/1990, e a teoria do domínio do fato. A imputação de responsabilidade penal por crimes contra a ordem tributária no contexto das sociedades empresariais complexas envolve dificuldades substanciais, especialmente porque essa teoria não possui caráter universal e se limita, essencialmente, aos crimes comissivos dolosos – sendo inadequada sua aplicação aos delitos de dever, de mão própria, omissivos e culposos.

O Capítulo 6 aprofunda a crítica à responsabilização penal objetiva, advertindo para os perigos de se imputar condutas com base exclusivamente em critérios funcionais ou hierárquicos. A análise destaca que a posição ocupada dentro de determinada estrutura empresarial não pode, por si só, fundamentar a autoria delitiva, sendo imprescindível a demonstração do efetivo domínio do fato, isto é, do vínculo subjetivo, bem como da contribuição causal relevante. Aqui, o grande desafio reside na demonstração do vínculo psicológico – ou seja, da consciência e vontade do agente em relação à conduta criminosa.

No Capítulo 7, o trabalho propõe o *compliance* como estratégia preventiva frente à responsabilização penal de dirigentes e gestores. São analisadas as diretrizes e finalidades dos programas de integridade, com destaque para as funções de documentação e rastreabilidade de decisões, que podem servir como elementos de prova em favor da inocência de administradores que atuaram com boa-fé.

Por fim, no Capítulo 8, a conclusão sistematiza os principais argumentos desenvolvidos, reafirmando a importância de se aplicar a teoria do domínio do fato com rigor técnico e dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Rejeita-se, assim, sua utilização como instrumento de facilitação probatória e defende-se sua aplicação apenas nos casos em que, quando possível a sua aplicação, houver comprovação inequívoca do vínculo subjetivo.

Dessa forma, este estudo propõe uma análise crítica e técnica da aplicação da teoria do domínio do fato. A responsabilização penal não pode jamais repousar em meras presunções, mas deve estar sempre firmemente ancorada em provas. O vínculo subjetivo é condição indispensável à imputação. Onde não há dolo, não pode subsistir culpa.

2. O CONCURSO DE PESSOAS NO BRASIL

Antes de enveredar pela análise da teoria do domínio do fato – construção teórica que se propõe a delimitar, com maior rigor conceitual, os contornos distintivos entre as figuras do autor e do partícipe no âmbito do concurso de pessoas – revela-se imprescindível, como etapa introdutória e esclarecedora, examinar a forma pela qual o ordenamento jurídico-penal brasileiro tradicionalmente compreende e sistematiza essa temática.

É sabido que, em regra, no direito penal, os crimes são unisubjetivos – isto é, praticados por uma só pessoa – e que, eventualmente, é possível a prática de crimes unisubjetivos em concurso de pessoas, hipótese que a doutrina convencionou chamar de concurso eventual. Há, em contrapartida, os chamados crimes plurissubjetivos, “que dependem, por exigência das próprias elementares da norma incriminadora, de uma pluralidade de condutas como condição de existência do ilícito”¹ – são, portanto, crimes de concurso necessário.

Vejamos, então, as diferentes correntes doutrinárias sobre a temática do concurso de pessoas no Brasil.

2.1. AS TEORIAS: UNITÁRIA, PLURALISTA E DUALISTA

Consoante leciona Nucci 2, o concurso de pessoas configura-se como toda forma de cooperação ou atuação conjunta empreendida por uma pluralidade de agentes com o intuito de praticar uma infração penal. No contexto da dogmática penal brasileira, diversas construções teóricas foram elaboradas com o propósito de oferecer explicações sistemáticas para esse fenômeno, destacando-se, entre elas, três correntes doutrinárias principais: a teoria unitária, a teoria pluralista e a teoria dualista, cada qual com fundamentos próprios e implicações distintas no campo da imputação penal.

A primeira corrente teórica, comumente denominada teoria monista ou monística, corresponde à concepção uma vez acolhida como regra geral pelo código penal de 1940 – embora seja possível observar uma tentativa do legislador, com a reforma penal de 1984, em instituir a aplicação de um conceito restritivo de autor, conforme será exposto mais adiante.

¹ DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida; 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**. São Paulo: Fronteiras Interdisciplinares do Direito, V1, N.1, 2019, p. 20.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 294.

De acordo com a doutrina de Nucci ³, tal entendimento se aplica nas hipóteses em que há a participação de uma pluralidade de agentes, cujas condutas, embora distintas entre si, convergem causalmente para a produção de um único resultado típico, de modo que se reconhece a existência de um só crime.

Em decorrência dessa construção, todos os envolvidos são responsabilizados pela prática do mesmo ilícito penal, independentemente do papel individual por eles desempenhado na dinâmica fática, inexistindo, portanto, uma diferenciação normativa entre autores e partícipes no âmbito da imputação penal.

A segunda corrente teórica, tradicionalmente identificada como teoria da cumplicidade do delito distinto – também referida pela doutrina como autonomia da cumplicidade ou, ainda, como teoria do delito de concurso – propugna uma concepção substancialmente distinta daquela adotada pelo modelo monista.

Segundo essa vertente, mesmo nos casos em que se verifica a atuação de uma pluralidade de agentes, cujas condutas diversas concorrem para a produção de um único resultado típico, cada um dos envolvidos deverá ser responsabilizado individualmente por um delito próprio.

Trata-se, portanto, de uma perspectiva que atribui autonomia penal à conduta de cada agente, reconhecendo a existência de múltiplos crimes, ainda que o resultado material tenha sido único, o que confere relevo à análise diferenciada dos graus de culpabilidade e das intenções subjetivas de cada agente.

Nucci ⁴ destaca, ainda, que, embora o código penal brasileiro adote como regra a teoria monista no tocante à responsabilização penal em casos de concurso de pessoas, há exceções normativas em que se vislumbra a adoção da teoria pluralista. Um exemplo emblemático dessa excepcionalidade reside na disciplina jurídica conferida ao crime de aborto, especialmente nos artigos 124 e 126 do referido diploma legal.

É dizer, o artigo 124 estabelece a punição da conduta da gestante que provoca o aborto em si mesma ou consente que outrem o faça, enquanto o artigo 126 dispõe sobre a figura do terceiro que provoca o aborto com o consentimento da gestante. Nessas hipóteses, cada sujeito ativo responde por um tipo penal distinto, revelando-se, assim, a aplicação da teoria pluralista, segundo a qual condutas diversas, ainda que concorrentes para um mesmo resultado, ensejam imputações autônomas.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 294.

⁴ *Ibid.*, p. 294.

Desse modo, a gestante será responsabilizada com fundamento no art. 124, enquanto o agente provocador do aborto responderá isoladamente pela infração prevista no art. 126, não se configurando, portanto, coautoria, mas sim crimes paralelos, ainda que interligados pelo consentimento.

A terceira corrente teórica, por sua vez, conhecida como teoria dualista ou teoria da dupla imputação, apresenta uma proposta intermediária entre os modelos monista e pluralista. Segundo essa concepção, nos casos em que há pluralidade de agentes e diversidade de condutas que convergem para a produção de um único resultado delituoso, impõe-se a cisão dogmática entre aqueles que efetivamente realizam a conduta típica – os coautores – e os que, embora contribuam de forma acessória ou secundária para a prática do delito, não executam diretamente o núcleo do tipo penal – os partícipes.

Assim, de acordo com essa teoria, coautores e partícipes responderiam por delitos distintos, ainda que conexos entre si, reconhecendo-se a necessidade de individualização normativa das formas de contribuição para o fato típico, o que repercute diretamente na dosimetria da pena e na valoração da culpabilidade de cada agente.

Diante do panorama doutrinário e normativo delineado, é possível concluir que o tratamento conferido ao concurso de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro revela-se marcado por nuances interpretativas que desafiam a rigidez de classificações absolutas.

2.2. O CÓDIGO PENAL ADOTA UM CONCEITO EXTENSIVO OU RESTRITIVO DE AUTOR?

É inegável que o código penal brasileiro, ao tratar da temática referente ao concurso de agentes nos dispositivos compreendidos entre os artigos 29 a 31, revelou-se, no mínimo, ambíguo e impreciso quanto à adoção de um posicionamento claro sobre a definição de autoria em sentido amplo ou restrito.

Isto é, a ausência de critérios dogmáticos mais nítidos e a redação normativa genérica, por vezes permeada por conceitos indeterminados, acabam por ensejar interpretações

⁵ “A disciplina legal dada pelo Código Penal ao concurso de agentes vem regulada nos artigos 29, 30 e 31 do *códex*. Conquanto os referidos dispositivos legais sejam dúbios em alguns pontos, observa-se a tentativa do legislador em, por meio deles, se instituir a aplicação de um conceito restritivo de autor.” (LÔBO, Henrick. **Teoria do Domínio do Fato: uma análise à luz do concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 43) / “(...) os dispositivos em que o direito brasileiro regula o concurso de pessoas (arts. 29-31, CP) parecem no mínimo ambíguos no que diz respeito à tomada de posição em favor de um conceito extensivo ou restritivo de autor.” (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 68).

divergentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente no que tange à delimitação do papel desempenhado por cada agente na dinâmica da prática delituosa.

Ainda que o legislador tenha tentado instituir a aplicação de um conceito restritivo de autor, como veremos, há inquestionável margem para uma considerável incerteza interpretativa, o que impõe à doutrina a tarefa de construir parâmetros mais sólidos e funcionais para a correta imputação penal em contextos de coautoria e participação. Vejamos.

O código penal de 1940, ao dispor sobre o concurso de pessoas, operou uma equiparação normativa entre os diversos agentes envolvidos na prática delitiva, abstendo-se de promover qualquer distinção substancial entre as figuras do autor, do coautor e do partícipe, consagrando a denominada teoria subjetiva, que adota um conceito extensivo de autor.⁶

Por força dessa opção legislativa, estabeleceu-se a possibilidade de aplicação indistinta da mesma sanção penal a todos os colaboradores do ilícito, independentemente do grau ou da natureza de sua contribuição causal. Tal diretriz normativa consagra, pois, a adoção da teoria monista ou unitária, que se funda na concepção extensiva de autoria, segundo a qual todos os que concorrem para o resultado típico são considerados autores do crime, à revelia de qualquer diferenciação funcional ou hierárquica no *iter criminis*.

Com a reforma da parte geral, em 1984, acrescentou-se a expressão “na medida de sua culpabilidade” ao teor do antigo art. 25 do código penal de 1940, que atualmente possui a seguinte redação:

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

Segundo as lições de Lôbo⁷, a reforma penal de 1984 representou uma inflexão significativa no tratamento jurídico do concurso de agentes ao romper com a rigidez do modelo unitário até então prevalente no código penal. Tal mudança se manifestou de maneira particularmente expressiva com a inserção da cláusula “na medida de sua culpabilidade” no fecho do caput do artigo 29, a qual passou a funcionar como vetor normativo para a individualização da responsabilidade penal.

Com isso, pretendeu-se conferir um tratamento jurídico diferenciado às condutas perpetradas por autores e partícipes, reconhecendo a necessidade de uma valoração mais refinada e proporcional da atuação de cada agente no contexto fático delituoso.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 295.

⁷ LÔBO, Henrick. **Teoria do Domínio do Fato: uma análise à luz do concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 43

Já, para Greco e Teixeira, o acréscimo da expressão “na medida de sua culpabilidade” ao final do dispositivo não significa, necessariamente, uma ruptura paradigmática do conceito extensivo e unitário de autor, muito pelo contrário:

“Essa expressão não representa, todavia, necessariamente qualquer matização do conceito extensivo, causalista, estatuído no CP de 1940. Dizer que cada concorrente será punido na medida de sua culpabilidade corresponde, na realidade, a um dos escopos de qualquer sistema unitário, qual seja, promover a individualização do injusto, da culpabilidade e da pena, relegando, assim, a análise das distintas contribuições dos agentes à determinação judicial ou dosimetria da pena. A interpretação mais natural do art. 29, *caput*, CP é, assim, a de que esse dispositivo contém uma opção pelo conceito extensivo e unitário de autor. O acréscimo ao final do dispositivo não altera, necessariamente, essa leitura.”⁸

Ambos os autores lecionam, todavia, que há espaço para uma interpretação de natureza “dúplice” do art. 29, *caput*, do código penal, uma vez que a expressão “concorrer de qualquer modo” abrangeria tanto a figura do autor quanto a figura do partícipe.

Cumprido ressaltar, neste ponto, que o código penal brasileiro adota, ao lado do §1º do art. 29, regras específicas para a fixação da pena em função das formas e dos graus de participação no delito, conforme se observa nos artigos 62, incisos I, II e III, e 65, inciso III, alínea "c", ambos do código penal.

De acordo com a doutrina, tal estrutura normativa reflete a adoção do denominado "sistema unitário temperado", conceito desenvolvido por Kienapfel (GRECO e TEIXEIRA apud KIENAPFEL, 2014, p. 71). Nesse modelo, as diferentes formas e níveis de participação no crime são considerados apenas no momento da dosimetria da pena, “em concorrência com os demais fatores de medição de pena, contando não mais e não menos do que eles”⁹.

A crítica dos doutrinadores Greco e Teixeira reside no fato de que a diferenciação entre autoria e participação se insere no plano da tipicidade penal, integrando a estrutura do delito e condicionando à própria definição da imputação, não podendo, portanto, ser equivocadamente reduzida a um mero conjunto de normas instrumentais voltadas à quantificação da pena. Para os autores, tal perspectiva é essencial à preservação da coerência dogmática do sistema penal, apontando, com razão, que:

“Relegar a aplicação dos conceitos de autor e partícipe ao momento de medição da pena faz com que essa distinção perca seus contornos, fique em boa parte entregue à discricionariedade do juiz; significa dissolver uma distinção que, em última análise, diz respeito aos limites entre uma conduta que realiza o tipo e outra que não o faz sem

⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 69 e 70.

⁹ Ibid., p. 71.

uma norma de extensão, nos controvertidos e heterogêneos critérios de aplicação da pena concreta.”¹⁰

Assim sendo, Greco e Teixeira concluem que a existência de mecanismos de diminuição de pena, como aquele previsto para a participação de menor importância (art. 29, § 1º) e outras hipóteses de concurso de pessoas, não se presta a fundamentar, positiva ou negativamente, a adoção de um conceito restritivo de autoria, tratando-se de matéria relacionada exclusivamente à dosimetria da pena, e não à estruturação dogmática da imputação penal.

Já, no que se refere ao §2º do art. 29 do código penal, os doutrinadores afirmam que “esse dispositivo não é nem um argumento favorável, nem contrário à recepção da teoria do domínio do fato e a um entendimento restritivo de autor. O dispositivo não parece fazer sentido, nem sequer de acordo com a concepção tradicional.”¹¹

No que se refere ao art. 30 do código penal, o legislador estabeleceu que as circunstâncias e condições de caráter pessoal não se comunicam entre os coautores, salvo quando forem elementares do crime. Desse modo, sua principal função seria a de permitir, principalmente nos delitos especiais e próprios (delitos de dever), a punição do *extraneus* (quem não possui a qualidade exigida para cometer um crime especial ou próprio) que contribui para a prática de um delito cometido por um *intraneus* (quem possui essa qualidade).

No ponto, Greco e Teixeira destacam que essa regra viola o princípio da culpabilidade, pois iguala juridicamente quem detém o dever (*intraneus*) e quem não o possui (*extraneus*), permitindo, inclusive, que o *extraneus* seja punido mais severamente. Desse modo, lecionam:

O problema põe-se já no plano da legitimação. Como pode alguém se tornar destinatário de um dever que não é seu? O agente isento do dever descrito no tipo não pode ser igualado juridicamente ao detentor do dever. Pense-se em um exemplo cotidiano: o amigo que acompanha um homem casado ao prostíbulo não comete adultério, não trai sua mulher. segundo o CP e a comunicabilidade de circunstâncias, ele o faz, e sua conduta é tão reprovável quanto a do homem casado. Essa nivelção fere algo que não é um mero sentimento de justiça, mas sim o próprio princípio da culpabilidade. No entanto, isso não significa que um extraneus que participa de um delito especial deve permanecer impune, ou que o amigo não fez nada. A solução mais correta parece ser a de punir o extraneus – todavia, como partícipe e não como autor. O fundamento da punição do concorrente-extraneus encontra-se, como é natural, na ideia de acessoriedade, como visto acima (cf. b V). sob esse aspecto, bastaria uma solução como a do § 28 StGB, que já pressupondo a impossibilidade de imputar autoria ao extraneus, prevê uma redução obrigatória de pena para este.¹¹² Em síntese: o dispositivo do art. 30 do CP é, de fato, um argumento contra o modelo restritivo e

¹⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 72.

¹¹ *Ibid.*, p. 73.

diferenciador. Ocorre que essa norma viola frontalmente o princípio da culpabilidade, de modo que nenhum argumento que nela se baseie pode ter importância decisiva.¹²

Por fim, no que se refere ao art. 31 do código penal, os autores apontam 13 que há, por parte do legislador, uma tentativa de se aproximar de um modelo restritivo e diferenciador de autoria. Nesse sentido, o dispositivo assumiria natureza meramente declaratória, apenas reforçando o entendimento já implícito de que a participação pressupõe a existência de um fato principal típico.

Essa interpretação é reforçada pelo fato de que o art. 31 é a primeira disposição do código que define expressamente as formas clássicas de participação em sentido estrito – instigação e auxílio – e lhes confere consequências jurídicas específicas. Assim, mesmo inserido em um sistema formalmente unitário, o art. 31 pode ser lido como um ponto de inflexão em direção a uma concepção mais restritiva de autoria, mais sensível à lógica da culpabilidade e à estrutura típica da imputação penal.

Diferentemente, na concepção de Nucci, com a reforma penal de 1984, prevaleceu o conceito restritivo de autor, isto é, a teoria objetiva, que pode ser subdividida em teoria objetivo-formal e teoria objetivo-normativa.

De acordo com a primeira teoria, “autor é quem realiza a figura típica e partícipe é aquele que comete ações fora do tipo, ficando praticamente impune, não fosse a regra de extensão que o torna responsável” 14. Já, para a segunda teoria, que para Nucci corresponde à concepção de domínio do fato, “autor é quem realiza a figura típica, mas também quem tem o controle da ação típica dos demais, dividindo-se entre “autor executor”, “autor intelectual” e “autor mediato”. O partícipe, por sua vez, é aquele que contribui para o delito alheio, sem realizar a figura típica, nem tampouco comandar a ação”. 15

Nucci complementa sua linha de raciocínio afirmando que a melhor teoria a ser utilizada para diferenciar as figuras de autor e partícipe é a teoria objetivo-formal, que é aquela que considera o coautor aquele que pratica, de algum modo, a figura típica, enquanto partícipe é aquele que dá suporte moral ou auxílio material para a concretização do delito. Para o jurista, a teoria do domínio do fato “somente tem sentido para as legislações que adotam nítida distinção entre autor e partícipe”.¹⁶

¹² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 75 e 76.

¹³ Ibid., p. 76 e 77.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 295.

¹⁵ Ibid., p. 295.

¹⁶ Ibid., p. 295.

Verifica-se, portanto, que a doutrina não é pacífica no que se refere à adoção de um conceito extensivo ou restritivo de autor no código penal brasileiro. Dito isso, a interpretação normativa feita pelos doutrinadores Greco e Teixeira é a que considero a mais correta, haja vista que embora o conjunto normativo do código penal brasileiro aponte predominantemente para um modelo unitário e extensivo de autoria, tal estrutura, ainda mais após a reforma penal de 1984, não é impermeável a uma releitura à luz de uma concepção restritiva e diferenciadora.

3. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

3.1. PANORAMA HISTÓRICO

A teoria do domínio do fato possui origem na tradição dogmática do direito penal alemão e encontrou seu mais alto grau de desenvolvimento teórico e sistematização conceitual na obra do renomado jurista Claus Roxin. Foi em sua célebre e influente monografia intitulada “Autoria e Domínio do Fato” (Täterschaft und Tatherrschaft, no original em alemão) que Roxin conferiu à teoria contornos mais precisos e uma fundamentação dogmática sofisticada, elevando-a ao status de marco paradigmático na distinção entre autor e partícipe.

A partir de uma abordagem voltada à realidade prática das estruturas de poder e organização, o autor estabeleceu critérios objetivos e subjetivos para a imputação penal, superando a rigidez das teorias clássicas e oferecendo um modelo interpretativo mais adequado às complexas dinâmicas dos crimes modernos.

Conforme relata Roxin¹⁷, a gênese da expressão “domínio do fato” remonta ao ano de 1915, ocasião em que o jurista Hegler passou a empregá-la com o propósito de ilustrar conceitualmente a ideia de culpabilidade. Embora o conteúdo atribuído ao termo naquele contexto primitivo divergisse consideravelmente da concepção moderna desenvolvida posteriormente, já se percebia, à época, a vinculação da noção de “domínio do fato” à figura do autor do delito.

Para Hegler, a culpabilidade penal somente poderia ser imputada àquele que detivesse o “pleno controle do fato”, ou seja, ao indivíduo que, atuando como autor imputável e livre de coação, exercesse “posição de senhorio” sobre a realização concreta da conduta típica (ROXIN apud HEGLER, 2000, p.82).

Continuamente, Roxin cita Hermann Bruns que, em 1932, teria delineado uma concepção também primitiva do referido conceito ao afirmar que a responsabilização penal por omissão estaria condicionada à possibilidade de domínio do fato. Em outras palavras, segundo o entendimento de Bruns, a condição para que alguém fosse considerado autor de uma infração penal omissiva residiria, no mínimo, na existência de uma capacidade potencial de controlar o desdobramento causal do evento delituoso – ou seja, na possibilidade de exercer “domínio do fato” (ROXIN apud BRUNS, 2000, p. 83).

17 ROXIN, Claus. **Autoría Y Dominio Del Hecho en Derecho Penal**. Trad. da 7ª Ed. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 81.

Não obstante reconhecer o valor histórico dessa formulação, Roxin 18 destaca que o conceito de “domínio do fato” desenvolvido por Bruns é diferente e não aplicável para delimitar as formas de participação, uma vez que tanto o indutor quanto o cúmplice podem estar sob condições adequadas com vistas ao resultado delituoso (possibilidade de “domínio do fato”).

Roxin dá prosseguimento à sua explicação sobre a evolução do termo “domínio do fato” citando Hellmuth Weber que, algum tempo após as formulações de Bruns, teria apontado que “autor é aquele que realiza o ato com a vontade de controlar o próprio ato” e, correlativamente, “um autor mediato é aquele que faz uso de outra pessoa que, por sua vez, age sem vontade de controlar o fato” (ROXIN apud HELLMUTH, 2000, p. 84).

Nesse contexto evolutivo da construção dogmática do conceito de “domínio do fato”, destaca-se a contribuição de Lobe, cuja formulação, apresentada em 1933, é reconhecida por Claus Roxin 19 como a que mais se aproxima substancialmente da concepção por ele posteriormente sistematizada em sua obra seminal. Segundo Roxin, a proposta teórica de Lobe representa um marco de afinidade conceitual com os fundamentos centrais da teoria do domínio do fato, ao introduzir a noção de *animus domini* em substituição à ideia tradicional de *animus auctoris* (ROXIN apud LOBE, 2000, p. 84-85).

Tal distinção sugere que a verdadeira autoria penal não se limita à intenção de participar da conduta delitiva, mas exige, de forma mais refinada, a presença de uma vontade concreta de dominar a execução do fato típico – ou seja, de exercer o controle sobre o desenvolvimento e o desfecho da ação delituosa. Nesse sentido, Lobe antecipa, com notável precisão, os pilares fundamentais sobre os quais Roxin ergueria a sua teoria.

Por derradeiro, Roxin 20 assinala que, em 1939, foi Hans Welzel quem, pela primeira vez, empregou a expressão “domínio do fato” como determinante para se delimitar a autoria no âmbito penal. Note-se que a expressão “domínio final do fato” (ROXIN apud WELZEL, 2000, p. 85), proposta por Welzel em referência à conduta do agente, não deve ser confundida com a teoria formulada por Claus Roxin. A distinção é relevante, especialmente considerando que Welzel é amplamente reconhecido por sua contribuição ao finalismo, corrente teórica à qual dedicou grande parte de seus estudos.

18 ROXIN, Claus. **Autoría Y Dominio Del Hecho en Derecho Penal**. Trad. da 7ª Ed. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 83 e 84.

19 Ibid., p. 84.

20 Ibid., p. 85.

Foi apenas em 1963 que a noção de “domínio do fato” alcançou plena sistematização dogmática, a partir da publicação do estudo monográfico de Claus Roxin, que viria a constituir um divisor de águas no tratamento jurídico do concurso de pessoas.

Conforme o próprio autor ressalta em sua obra 21, embora diversos penalistas que o precederam tenham, em momentos distintos e a partir de perspectivas teóricas variadas, recorrido à mesma expressão – “domínio do fato” – para fins diversos dentro da dogmática penal, inexistia até então uma construção teórica coesa, abrangente e metodologicamente estruturada que permitisse consolidar o conceito como instrumento eficaz de delimitação entre autoria e participação.

Diante disso, cumpre-nos, a partir de agora, proceder à análise detida do conceito tal como desenvolvido por Roxin, cujas repercussões teóricas e práticas continuam a influenciar significativamente o direito penal contemporâneo.

3.2. O CONCEITO DE DOMÍNIO DO FATO PARA ROXIN

Segundo a concepção desenvolvida por Roxin 22, apenas o indivíduo que ocupa uma posição central e determinante no desenrolar do acontecimento delituoso pode ser legitimamente qualificado como “senhor do fato”. Em sua formulação teórica, o autor de um crime é, por definição, aquele que, mediante o domínio da ação, se apresenta como a figura nuclear na concretização do tipo penal – ou seja, é quem dirige, controla e decide, em última instância, o curso da execução típica.

Em contrapartida, o partícipe não detém tal controle sobre a realização do fato, limitando-se a uma atuação de cunho acessório ou complementar. Sua contribuição, embora juridicamente relevante, assume caráter secundário e subordinado em relação à conduta do autor, razão pela qual não se pode atribuir-lhe o mesmo grau de imputação penal. Roxin, portanto, estabelece uma distinção qualitativa entre os agentes do delito, fundamentando sua teoria na ideia de que a titularidade do domínio do fato é o critério decisivo para a identificação da autoria.

Cumpramos lembrar que um dos marcos históricos que impulsionaram de forma decisiva o amadurecimento e a consolidação da teoria do domínio do fato, na forma em que foi elaborada

²¹ ROXIN, Claus. **Autoría Y Dominio Del Hecho en Derecho Penal**. Trad. da 7ª Ed. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 86.

²² *Ibid.*, p. 130.

por Claus Roxin, foi o emblemático julgamento de Adolf Eichmann, ocorrido em Israel no ano de 1961.

Àquela altura, ainda prevalecia na jurisprudência penal alemã a chamada “teoria subjetiva da autoria”, segundo a qual o critério determinante para a identificação do autor residia na vontade com que o agente se relacionava com o fato típico – autor seria aquele que desejava o fato como próprio, ao passo que o cúmplice seria aquele que o queria para outrem.

Tal concepção, fortemente centrada em elementos anímicos, mostrava-se insuficiente para explicar adequadamente a responsabilidade penal em contextos nos quais o autor, embora não executasse diretamente a conduta típica, exercia controle decisivo sobre sua realização.

Nesse cenário, a proposta de Roxin, ao deslocar o foco da análise para o domínio do fato, ofereceu uma alternativa metodológica mais precisa e eficaz para a imputação penal, especialmente em casos de criminalidade estrutural.

É de conhecimento consolidado que Adolf Eichmann, figura central no julgamento ocorrido em Israel em 1961, foi um alto oficial da temida SS (Schutzstaffel) durante o regime nacional-socialista alemão, exercendo papel fundamental na engrenagem administrativa responsável pela implementação logística da chamada “solução final”.

Embora não integrasse o núcleo político de mais alto escalão do Terceiro Reich, Eichmann ocupava posição de destaque dentro da burocracia estatal nazista, sendo encarregado de coordenar, com meticulosa eficiência, o transporte em massa e a deportação sistemática de judeus para os campos de concentração e extermínio.

Sua atuação, profundamente enraizada na estrutura organizacional do regime, revela a dimensão da criminalidade administrativa e estrutural do Holocausto, na qual agentes intermediários, dotados de competências funcionais específicas, contribuíram de forma decisiva para a materialização do genocídio.

O que incomodava Roxin, à época, era que tanto o executor direto (alguém que cometeu um delito de homicídio contra um judeu, por exemplo), quanto o indivíduo que emitia ordens para que tal crime fosse cometido, eram ambos tratados como meros partícipes, no intuito de escapar da cominação inflexível de prisão perpétua prevista do código alemão da época.²³

Greco e Leite melhor explicam a jurisprudência alemã, afirmando que,

“(…) transitava e ainda transita aleatoriamente entre vários critérios, fixando-se, em regra, na chamada teoria subjetiva da autoria e participação, cuja ideia fundamental é

²³ Dicas para concursos e OAB. **Prof. Luís Greco – Teoria do Domínio do Fato e críticas ao STF.** YouTube, 14 de janeiro de 2018. 42min22s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aGqQqd8w6xQ>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

distinguir entre autor e partícipe (cumplicidade e instigação) segundo a existência de uma vontade de autor (*animus auctoris*) ou de uma vontade de partícipe (*animus socii*). Segundo uma versão extrema, hoje não mais defendida, seria possível até que aquele que realiza de mão própria todos os elementos do tipo – quem efetua o disparo que vem a matar a vítima – fosse punido como mero partícipe, no caso, como cúmplice, e não como autor do delito, se lhe faltasse a vontade de autor de que fala a teoria (o agente comete o delito a pedidos insistentes e no exclusivo interesse de outra pessoa)”.²⁴

Dessa forma, Roxin propõe, em sua obra, uma nova forma de autoria mediata, que seria a autoria mediata daquele que chefia um aparato organizado de poder (organização verticalmente estruturada e apartada da ordem jurídica), como será melhor explicado adiante. Em outras palavras, a teoria do domínio do fato não emergiu de uma simples especulação acadêmica ou de uma construção teórica abstrata, mas sim como uma resposta direta e ponderada a um problema concreto enfrentado pelo direito penal: a necessidade de se estabelecer uma clara distinção entre as figuras de autor e partícipe.

É importante frisar, no ponto, que o próprio Roxin reconhece 25 (GRECO apud ROXIN, 2018) que o “domínio do fato” não é a única maneira de se fundamentar a autoria, já que existem delitos em que a autoria é delimitada por outros critérios, a exemplo dos delitos de violação de dever, como será melhor explicado adiante. Assim, não é possível falar em teoria do domínio do fato em delitos de peculato, como se deu na ação penal 470, que julgou os acusados de corrupção no escândalo do “Mensalão”.

A teoria do domínio do fato deve operar, portanto, como uma *ratio*, ou seja, como algo que está em um plano mais abstrato e, portanto, por trás das três formas concretas de autoria previstas por Roxin, quais sejam, (i) o domínio da ação (autoria imediata), (ii) o domínio da vontade (autoria mediata) e; (iii) o domínio funcional do fato (coautoria).

Passar-se-á, então, à análise de cada uma das modalidades de “domínio do fato”.

3.2.1. O Domínio da Ação

Para Roxin, o “domínio da ação” (no original: *Handlungsherrschaft*) é a modalidade de “domínio do fato” de mais fácil compreensão, já que terá o “domínio da ação” e, portanto, será

²⁴ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23.

²⁵ Dicas para concursos e OAB. op. cit., YouTube, 14 de janeiro de 2018. 42min22s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aGqQqd8w6xQ>. Acesso em: 11 de abril de 2025.

sempre autor, o sujeito que, não coagido, executar o núcleo elementar do tipo penal incriminador, isto é, o autor imediato. Nesses casos, o sujeito terá o domínio do fato, por meio do domínio da ação, e será a figura central do acontecer típico.

Nas palavras de Roxin: “(...) um fato não pode ser dominado mais claramente do que quando é feito por si mesmo; não pode ser segurado nas próprias mãos com mais firmeza do que quando se age com as próprias mãos.”²⁶

É dizer, aquele que executa diretamente a ação e, portanto, possui o domínio da ação, como no caso de quem aperta o gatilho com a intenção de atingir alguém, jamais poderá ser considerado como mero partícipe, ainda que seja a mando de outrem.

Cumprir destacar que, embora o executor de um crime de mão própria possa ser formalmente responsabilizado, nem sempre será ele o agente mais censurável do ponto de vista penal. Isso porque, em determinadas situações, uma terceira pessoa (“homem de trás”) pode assumir o controle e a direção do plano criminoso, instrumentalizando o executor e orquestrando toda a conduta delituosa.

Nessas hipóteses, estamos diante da autoria mediata, que será tratada no próximo tópico, de modo que a reprovabilidade maior recai sobre aquele que, detendo o domínio do fato, atua como verdadeiro mentor da infração, devendo, por conseguinte, receber uma resposta penal mais severa.²⁷

Conclui-se, portanto, que o domínio da ação representa a forma mais direta e evidente de autoria no direito penal, pois recai sobre aquele que, sem coação e com plena consciência, executa pessoalmente o núcleo do tipo penal. A centralidade do autor imediato decorre da sua vinculação física e volitiva com o fato típico, tornando-o o protagonista da ação delituosa.

3.2.2. O Domínio da Vontade

O “domínio da vontade” (no original: Willensherrschaft) estabelece os fundamentos da *autoria mediata*, categoria em que o autor não realiza diretamente a ação típica, mas atua “por meio de outrem”. A essência dessa forma de imputação penal está na capacidade do autor mediato de controlar a conduta do agente imediato, transformando-o em um instrumento de sua

²⁶ ROXIN, Claus. **Autoría Y Dominio Del Hecho en Derecho Penal**. Trad. da 7ª Ed. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 151.

²⁷ LÔBO, Henrick. **Teoria do Domínio do Fato: uma análise à luz do concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 53.

vontade. Roxin identifica três fundamentos centrais para a caracterização do domínio da vontade: a coação, o erro e o aparato organizado de poder.

No primeiro caso, a coação reduz o executor a um estado de subjugação, excluindo sua culpabilidade ou responsabilidade penal, conforme os parâmetros estabelecidos pelo §35 do StGB e pelo art. 22 do código penal brasileiro. Nessa linha, Roxin propõe o “princípio da responsabilidade” (Verantwortungsprinzip), segundo o qual a responsabilidade deve recair sobre aquele que induz ou se aproveita da situação coercitiva, ou seja, o "homem de trás". 28

Em segundo lugar, o erro (seja de tipo ou de proibição) também pode fundamentar a autoria mediata. Roxin estrutura uma teoria escalonada dos erros, abrangendo inclusive casos em que o erro não exclui a culpabilidade do agente, como no *error in persona* ou na falsa avaliação do injusto. Nesses cenários, o domínio do autor mediato se manifesta por meio de um *conhecimento superior* (*überlegenes Sachwissen*), que lhe permite manipular o agente como uma marionete, mesmo que este seja plenamente imputável.

A terceira forma de domínio da vontade reside na atuação por meio de um aparato organizado de poder. Trata-se de uma estrutura hierárquica, dissociada da ordem jurídica, cujos executores são fungíveis e funcionam como engrenagens de uma máquina institucional. 29

Como anteriormente mencionado, a formulação dessa categoria por Roxin, em 1963, buscou resolver casos como o de Adolf Eichmann, destacando que, em regimes totalitários ou organizações criminosas, como no regime nazista, a emissão de ordens ilegais por indivíduos em posição de mando pode configurar autoria mediata, pois tais ordens são automaticamente executadas por subordinados facilmente substituíveis.

Nesse sentido, a teoria roxiniana resolve de forma emblemática o caso de Adolf Eichmann, já que, embora este ocupasse posição de destaque dentro do regime nazista e agisse conforme a legalidade formal daquela ordem estatal, as ordens que proferia – relativas à deportação e extermínio de populações inteiras – eram intrinsecamente contrárias ao direito e à moralidade.

A estrutura em que operava era rigidamente hierarquizada, com executores substituíveis e obedientes, o que conferia à Eichmann o domínio da vontade dos agentes diretos – já que ele não apenas participou, mas comandou os atos praticados, podendo ser considerado autor mediato. A teoria do domínio do fato, ancorada na atuação por meio de aparato organizado e

²⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26.

²⁹ ROXIN, Claus. **Autoría Y Dominio Del Hecho en Derecho Penal**. Trad. da 7ª Ed. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 272.

dissociado do direito, encontra seu fundamento justamente nessa constatação: em sistemas autoritários ou organizações criminosas, há uma relação de causalidade concreta entre a posição de comando e a execução automática de ordens ilícitas por parte dos subordinados.

A problemática se instala, no entanto, ao se tentar aplicar essa concepção à criminalidade empresarial, como veremos mais adiante. A doutrina de Roxin, desde sua formulação em 1963 até suas manifestações mais recentes, é enfática: empresas que operam formalmente dentro da ordem jurídica não preenchem o critério da desvinculação do direito.

Por esse motivo, não se pode reconhecer, nesses contextos, a figura da autoria mediata com base no domínio da organização. A atuação do gestor empresarial, ainda que em posição hierárquica superior, não gera a submissão automática de seus subordinados, tampouco a substitutibilidade impessoal dos executores, como ocorre em regimes totalitários ou grupos criminosos estruturados.

É dizer, o mero mandante não deve ser considerado, sob hipótese alguma, como autor mediato – a não ser que reste comprovada a existência dos três elementos que fundamentam o que se entende por aparato organizado de poder: (i) hierarquia verticalizada, (ii) dissociação do direito e (iii) fungibilidade de seus executores.

Dessa forma, o domínio da vontade, como fundamento da autoria mediata, representa um avanço relevante na dogmática penal ao permitir a responsabilização de sujeitos que, sem realizar diretamente o núcleo do tipo penal, detêm controle efetivo sobre sua execução por meio de terceiros. A contribuição de Roxin nesse campo é particularmente significativa ao delimitar com precisão os três modelos de atuação por intermédio de outrem – a coação, o erro e o aparato organizado de poder –, conferindo à teoria bases sólidas e operacionais para aplicação em casos concretos.

3.2.3. O Domínio Funcional do Fato

A terceira modalidade de domínio do fato manifesta-se na execução compartilhada de uma conduta típica por meio de uma atuação coordenada entre duas ou mais pessoas. É a chamada coautoria (no original: Funktionale Tatherrschaft), na qual os agentes, com base em um acordo prévio de vontades, dividem entre si tarefas relevantes para a concretização do delito.

30

³⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 30.

Nesse contexto, a realização do tipo penal não resulta da ação isolada de um único agente, mas da conjugação de esforços, de modo que todos os partícipes exercem, em conjunto, o controle funcional sobre o acontecimento delituoso.

Cita-se o exemplo clássico dado por Greco e Leite, no caso em que um indivíduo ameaça a vítima com uma arma, enquanto o outro subtrai um bem. Ora, não se justifica imputar ao primeiro apenas o crime de ameaça ou constrangimento ilegal, tampouco ao segundo apenas o delito de furto. Ambos colaboram de maneira essencial e funcional para a consumação do crime de roubo, razão pela qual devem ser responsabilizados por sua totalidade.

Essa forma de domínio confere a todos os envolvidos a condição de coautores, implicando na chamada imputação recíproca: os atos praticados por cada um são atribuídos juridicamente aos demais, desde que inseridos no contexto da (i) divisão de tarefas acordada e na (ii) realização de um plano comum, como bem leciona Alflen em sua obra “Teoria do Domínio do Fato”:

Assim, considera que somente se pode falar em coautoria com o preenchimento dos seguintes pressupostos: a) a decisão conjunta do fato: consiste no entendimento recíproco expresso ou tácito, entre os participantes para o cometimento conjunto do fato (...) b) a execução conjunta do fato: cada coautor, para Welzel, deve ser autor e possuir o domínio final do fato. Com isso, cada coautor deve subjetivamente ser codetentor da decisão comum do fato, isto é, deve possuir juntamente com os demais a vontade absoluta de concretizar o fato e objetivamente completar as contribuições dos demais para o fato, mediante a sua contribuição.³¹

Verifica-se, do exposto, que a coautoria, como manifestação do domínio funcional do fato, representa uma forma complexa e sofisticada de imputação penal, adequada às situações em que o delito resulta de uma atuação conjunta e coordenada entre dois ou mais agentes. A existência de um plano comum, a divisão funcional de tarefas e a contribuição relevante de cada partícipe são elementos indispensáveis para a caracterização dessa modalidade de autoria, cuja consequência jurídica é a imputação recíproca dos atos típicos praticados no contexto da empreitada criminosa.

3.3. A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO COMO A MANIFESTAÇÃO DE UM CONCEITO RESTRITIVO DE AUTOR

A partir da análise das principais teorias que buscam sistematizar o concurso de pessoas no direito penal brasileiro – quais sejam, a teoria unitária, a pluralista e a dualista – constata-se

³¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92 e 93.

que cada uma oferece uma matriz interpretativa própria acerca da forma como se deve imputar responsabilidade penal aos agentes que concorrem para a prática de um mesmo resultado típico.

Ainda que o código penal, de modo formal, se alinhe à teoria unitária, conforme consagrado nos arts. 29 a 31, é notório que a evolução doutrinária brasileira tem tensionado esse modelo originário, abrindo margem para a introdução de critérios diferenciadores entre autoria e participação, sobretudo a partir da reforma de 1984.

Tal inflexão hermenêutica revela a importância da revalorização de contribuições teóricas tal como a teoria do domínio do fato, que busca conferir maior precisão à imputação penal. É dizer, trata-se de uma teoria com aplicação mais restritiva, exigente quanto à demonstração do efetivo domínio do fato por parte do autor (seja o domínio da ação, o domínio da vontade ou o domínio funcional do fato).

Por isso, sua utilização com o objetivo de ampliar o conceito de autor representa não apenas um desvirtuamento da teoria, mas também uma medida desnecessária, uma vez que, como demonstrado anteriormente, o próprio código penal brasileiro já adota uma concepção predominantemente extensiva de autoria, capaz de abarcar, de forma suficiente, as múltiplas formas de contribuição ao delito sem necessidade de recorrer a construções doutrinárias com exigências mais rigorosas. Como bem observam Greco e Leite, “é o art. 29, caput, CP, tal como ele é tradicionalmente entendido, que não deixa ninguém escapar”.³²

Em última análise, não se trata de negar a utilidade dogmática da teoria do domínio do fato, mas de reafirmar que sua função não está em suprir lacunas de punibilidade, e sim em delimitar, com rigor, quem pode – e quem não pode – ser considerado autor de um delito.

³² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38.

4. DA DESVIRTUAÇÃO À SUPERAÇÃO: A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E SEU USO INDEVIDO COMO SUPORTE PROBATÓRIO

O discurso proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, por ocasião do julgamento da ação penal n.º 470 (conhecida como “Caso Mensalão”), revelou, de forma preocupante, a forma como a teoria do domínio do fato vinha sendo interpretada no âmbito do processo penal brasileiro à alguns anos atrás. Nas palavras do Exmo. Sr. Ministro:

Agora eu vou falar um pouco da famosa teoria do domínio do fato. Bem, a única forma, diante dessa absoluta e total carência de provas relativamente à José Dirceu, é invocar a tese germânica da teoria do domínio do fato. Digo então, num derradeiro esforço o *parquet* lança mão dessa teoria do domínio do fato. Trata-se de uma tese, embora já antiga ainda controvertida na doutrina, não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo *parquet* como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado. No caso, processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se procura superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém. Não quero dizer com isto que tal teoria não tem espaço em situações especialíssimas, como nas hipóteses de sofisticadas organizações criminosas, privadas ou estatais. Permito-me destacar, no entanto, por relevante, a criteriosa advertência feita pelo jurista Lenio Streck, eminente constitucionalista, quanto ao uso abusivo dessa teoria em artigo recentemente publicado sobre o tema “como um mantra, repete-se a teoria do domínio do fato, já não se fala de outra coisa”. O que me preocupa nisso tudo é a possibilidade de vulgarização de algumas teses, mas talvez o mais importante nesse julgamento (...) não seja o caso do inominável, mas o modo como serão julgadas no futuro as causas semelhantes no restante do Brasil.³³

É dizer, o Exmo. Sr. Ministro Lewandowski destacou que a teoria do domínio do fato teria sido instrumentalizada com desvio de sua finalidade originária, passando a ocupar indevidamente a função de atalho argumentativo para suprir fragilidades probatórias.

Em flagrante desconformidade com os contornos dogmáticos traçados por sua formulação original, que visa primordialmente à distinção técnica entre autor e partícipe, sua interpretação e aplicação no Brasil revelou, por muito tempo, uma preocupante subversão teórica, convertendo-a em mecanismo de imputação penal desvinculado das exigências probatórias rigorosas que caracterizam o devido processo legal.

³³ João Pedro da Paz. **Ação Penal 470 – Lewandowski contesta uso da Teoria do Domínio do Fato**. YouTube, 10 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tI0GCvsEieY>. Acesso em: 04 de maio de 2025.

Nesse panorama, Greco e Leite ³⁴ oferecem importantes esclarecimentos sobre os contornos e os limites dogmáticos da teoria do domínio do fato, os quais foram frequentemente ignorados em interpretações expandidas e imprecisas no âmbito jurisprudencial. Os autores sublinham, em primeiro lugar, que a função primordial da referida teoria é distinguir tecnicamente a figura do autor em relação ao partícipe, e não servir como fundamento autônomo para a imposição de penas em hipóteses nas quais a imputação não seria possível por outros caminhos jurídicos. Destacam, ainda, que o art. 29 do código penal brasileiro, ao adotar um sistema unitário de imputação, sequer realiza essa diferenciação, o que já indica os limites de aplicação prática da teoria em nosso ordenamento.

Além disso, enfatizam que a autoria mediata somente se configura quando o agente se vale de um terceiro como instrumento para a prática do delito, seja por meio de coação, erro ou domínio sobre uma estrutura organizada e hierarquizada dissociada da legalidade, como ocorre em determinadas organizações criminosas.

Importante frisar que não se infere da teoria que o mandante seja, por isso só, autor intelectual do crime, nem tampouco que o exercício de posição de comando implique, automaticamente, imputação de autoria: a responsabilidade penal não se presume a partir do cargo ou função ocupada, exigindo-se nexos objetivo e contribuição relevante à realização do fato típico.

Nesse viés, Greco e Leite concluem que a teoria do domínio do fato não amplia, via de regra, o espectro de responsabilização penal para além do que já prevê o art. 29 do CP, sendo a única exceção a figura da coautoria alternativa, hipótese restrita e delimitada. Esses apontamentos reforçam a necessidade de aplicação técnica, criteriosa e limitada da teoria, sob pena de se subverter sua finalidade original e comprometer as garantias penais fundamentais.

Desde o julgamento da ação penal nº 470, a jurisprudência dos Tribunais Superiores passou por um processo de amadurecimento e significativa evolução no que tange à aplicação da teoria do domínio do fato. Se, naquele momento, verificou-se uma interpretação expandida e, em certa medida, dissociada dos pressupostos dogmáticos originais da teoria, nos anos subsequentes observou-se uma progressiva reorientação hermenêutica por parte dos órgãos jurisdicionais superiores.

Essa mudança culminou na consolidação de um entendimento mais restritivo, técnico e alinhado com a matriz conceitual originalmente formulada por Roxin, notadamente no que diz

³⁴ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 44.

respeito à exigência de demonstração inequívoca do efetivo domínio do fato como condição para a imputação penal na qualidade de autor.

Assim, o que antes se configurava como um uso instrumental e, por vezes, indevido da teoria – especialmente para suprir deficiências probatórias – foi sendo superado por uma leitura mais rigorosa, comprometida com os princípios do devido processo legal, da legalidade e da culpabilidade. Vejamos alguns julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça com relação à temática:

Ementa: AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ELEITORAL. PENAL. WRIT SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO REEXAMINOU FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NA ANÁLISE DE HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO PARA SUPRIR DEFICIÊNCIA PROBATÓRIA DE AUTORIA DELITIVA. AGRADO IMPROVIDO NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 146 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RISTF. I - Embora o presente habeas corpus tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento. Precedentes. II - A concessão do writ na decisão agravada não tem fundamento no reexame ou na reavaliação do conjunto fático-probatório, mas sim na verificação da aplicação ilegal da teoria do domínio do fato, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como na existência de afronta à coisa julgada, tendo em vista decisão do Tribunal Superior Eleitoral que revelou a atipicidade da conduta imputada ao paciente. III - O Juiz de garantias não deve ter sua atuação limitada ao pedido formulado pelo impetrante, podendo dosar o referido remédio constitucional na quantidade necessária e adequada para pôr fim à violência ou coação sofrida pelo paciente. IV - As esferas cível e penal são distintas e independentes, de modo que as razões de decidir de uma não interferem diretamente na outra, ressalvados os casos de comprovada ausência de autoria ou materialidade. V - **A narrativa que adota a teoria do domínio do fato “com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo” não é admitida pela jurisprudência desta Suprema Corte (AP 975/AL e AP 987/MG, ambas de relatoria do Ministro Edson Fachin).** VI – Verificado o empate ao término do julgamento, negou-se provimento ao agravo regimental, nos termos do parágrafo único do art. 146 do RISTF. (HC 169535 AgR, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 14/02/2020) ³⁵ (Grifado)

Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO NEXO CAUSAL. TRANCAMENTO DO PROCESSO. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Apesar de o Código Penal prever que todo aquele que concorre para o crime é considerado autor (art. 29, caput), ainda que a sua participação seja de menor importância (art. 29, § 1º), **há situações nas quais o intérprete lança mão da posição do agente ocupada da empresa, subsidiado no domínio do fato, de modo a presumir e demarcar a autoria, tal como se deu na espécie.**

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 169535*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 14 de fevereiro 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22teoria%20do%20dom%C3%ADnio%20do%20fato%22&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 4 maio 2025.

2. Tal condição (de administrador ou de gestor previsto no contrato social da empresa), sempre subsidiada, implícita ou implicitamente, no conceito de "domínio do fato" ou "domínio final do fato", não satisfaz a exigência de demonstração do liame entre a conduta e o fato típico, exigido para a imputação de responsabilidade penal.

Vale dizer, é insuficiente considerar a posição ocupada na empresa, isoladamente, para que se possa atribuir a responsabilidade penal pela prática de crime tributário.

3. É insuficiente e equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque, em razão do cargo ocupado, detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado aos fatos, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexó entre sua conduta e o resultado lesivo (comprovação da existência de um plano delituoso comum ou a contribuição relevante para a ocorrência do fato criminoso). Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva.

4. No caso, a peça acusatória se limitou a indicar que o ora agravado comporia o quadro de diretores e/ou conselheiros da empresa e, por isso, cabia-lhe a responsabilidade pela fiscalização e pagamento do tributo devido. Ora, o fato de o recorrido ocupar essa posição não significa, de per si, que haja concorrido para a prática do delito. O liame que deve existir entre a sua possível conduta e os fatos deve ser devidamente exposto na denúncia, o que, no entanto, não ocorreu.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no RHC n. 133.828/PR, Relator(a): Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 05/03/2025) ³⁶ (Grifado)
Ementa: DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. SONEGAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL OBJETIVA. AGRAVO DESPROVIDO.

I. Caso em exame. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial defensivo, absolvendo os réus de imputação de sonegação fiscal. 2. A parte agravante sustenta que os acusados, na qualidade de dirigentes da pessoa jurídica, tinham o "domínio do fato" sobre a conduta delitiva, e que seus poderes de administração seriam suficientes para demonstrar a autoria. II. Questão em discussão. A questão em discussão consiste em saber se a posição de gestor ou sócio administrador de uma empresa, por si só, permite a presunção de participação no delito de sonegação fiscal, sem a demonstração de conduta específica e dolo. III. Razões de decidir. A responsabilização penal não pode ser presumida apenas pela posição ocupada na estrutura societária, sendo necessária a comprovação de condutas específicas praticadas pelo réu. 5. A teoria do domínio do fato, que nem se aplica a esse tipo de situação, não substitui a prova de autoria, o que configuraria responsabilização penal objetiva. 6. A ausência de descrição de conduta específica e típica dos acusados no acórdão recorrido impede a responsabilização penal com base em presunção de autoria. IV. Dispositivo e tese. Agravo regimental desprovido. Tese de julgamento: "1. A posição de gestor ou sócio administrador de uma empresa não permite a presunção de participação no delito de sonegação fiscal. 2. A teoria do domínio do fato é inaplicável para substituir a prova de autoria". (AgRg no AREsp n. 2.727.573/GO, Relator(a): Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/12/2024) ³⁷(Grifado)

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC n. 133.828/PR. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 05 de março de 2025. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%22teoria+do+dom%EDnio+do+fato%22&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&livre=%22teoria+do+dom%EDnio+do+fato%22>. Acesso em: 4 maio 2025.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 2.727.573/GO. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 10 de dezembro de 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%22teoria+do+dom%EDnio+do+fato%22&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&livre=%22teoria+do+dom%EDnio+do+fato%22>. Acesso em: 4 maio 2025.

A jurisprudência mais recente dos Tribunais Superiores tem sinalizado uma inflexão hermenêutica salutar, promovendo o resgate da integridade teórica da categoria e afastando aplicações que comprometam as garantias penais fundamentais. Em diversas decisões, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça vêm reafirmando que a mera posição de comando ou direção em uma estrutura organizacional não autoriza, por si só, a imputação penal com base na teoria do domínio do fato. A responsabilização, nesse modelo, exige a demonstração inequívoca de uma contribuição funcional e relevante para a realização do delito, bem como o efetivo domínio sobre o curso causal da conduta típica.

Essa reorientação jurisprudencial representa um avanço na consolidação de um processo penal garantista e comprometido com os princípios da legalidade, da presunção de inocência e da responsabilidade subjetiva. A teoria do domínio do fato, longe de constituir um instrumento de facilitação condenatória, deve operar como ferramenta de apuração rigorosa, especialmente em contextos de criminalidade empresarial, sem jamais servir como sucedâneo de prova ou como justificativa para imputações genéricas e carentes de substrato probatório.

Sua aplicação exige, portanto, prudência metodológica e fidelidade à matriz dogmática formulada por Roxin, sob pena de resvalar para um modelo de imputação objetiva incompatível com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

5. OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8.137/1990) E A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Antes de adentrar a análise dos delitos contra a ordem tributária, previstos nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, impende sublinhar, com a devida acuidade, que a teoria do domínio do fato não foi concebida com vocação universalista, tampouco como instrumento de imputação penal aplicável indistintamente a todas as modalidades delitivas. Trata-se, na realidade, de uma construção voltada precipuamente à elucidação da autoria em crimes comissivos dolosos (crimes comuns) – aqueles cuja prática não está condicionada à posse de uma qualidade especial por parte do agente.

Sob tal perspectiva, e considerando que a figura do autor representa o núcleo estruturante da realização do fato típico, cumpre salientar que a teoria do domínio do fato encontra limitações relevantes quanto à sua aplicabilidade. De fato, sua incidência mostra-se inadequada, ou mesmo inviável, nas seguintes categorias delitivas: (i) nos delitos de dever (crimes próprios), (ii) nos delitos de mão própria, (iii) nos delitos omissivos e (iv) nos delitos culposos.

No tocante aos delitos de dever, impende destacar as precisas observações formuladas por Greco e Leite, para quem “autor é sempre e apenas aquele que possui o dever elevado a requisito do tipo penal em questão”³⁸. Tal assertiva revela, com clareza, que nesses casos a autoria não se define pelo domínio do fato, mas sim pela titularidade do dever jurídico específico exigido pela norma incriminadora. Assim, ainda que determinado indivíduo exerça controle ou influência sobre a dinâmica fática, se não for detentor da condição especial exigida pelo tipo penal, sua atuação não ultrapassará os contornos da participação.

Greco e Leite apontam ³⁹, nessa toada, que os delitos de dever compreendem, de modo predominante, os chamados crimes próprios – aqueles que exigem uma qualidade especial do agente, como ocorre com os crimes funcionais atribuídos a servidores públicos, a exemplo da corrupção passiva (art. 316 do código penal) e do peculato (art. 312 do mesmo diploma). Além desses, também se inserem nessa categoria os crimes omissivos impróprios, cuja responsabilização decorre da existência de um dever jurídico específico de agir, vinculado à condição de garantidor prevista no § 2.º do art. 13 do código penal.

³⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 32.

³⁹ *Ibid.*, p. 33.

No que se refere aos delitos omissivos, os autores apontam que “o domínio do fato pressupõe necessariamente um controle ativo do curso causal e não pode ser atingido por um mero não-fazer”. (GRECO e LEITE apud ROXIN, 2014, p. 33). Já, nos delitos de mão própria, os autores inferem que “autor é exclusivamente quem pratica em sua própria pessoa a ação típica, sendo impossível a autoria mediata e a coautoria.” (GRECO e LEITE apud ROXIN, 2014, p. 33). Por fim, no que se refere aos delitos culposos, “o critério seria a violação a uma norma geral de cuidado, na forma do art. 18, II, do código penal.”⁴⁰

A teoria do domínio do fato revela-se aplicável, com propriedade, aos crimes comuns, isto é, àqueles que podem ser praticados por qualquer pessoa, independentemente de uma condição especial exigida pelo tipo penal. Em contrapartida, sua utilização mostra-se inadequada nos crimes que pressupõem uma qualidade específica do agente – como ocorre nos delitos próprios –, bem como nos delitos omissivos, cuja responsabilização demanda a verificação de um dever jurídico específico de agir.

Dessa forma, evidencia-se que tal teoria não se presta como solução universal aos desafios da imputação penal, demandando aplicação criteriosa e restrita aos casos em que efetivamente se justifica.

Feita essa breve digressão, voltemos à análise dos delitos contra a ordem tributária, previstos no capítulo I da Lei nº 8.137/1990. Antes de discorrer a respeito dos artigos 1º e 2º da referida Lei, tratemos do art. 3º, que assim preceitua:

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo D):

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, **de que tenha a guarda em razão da função**; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, **mas em razão dela**, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, **valendo-se da qualidade de funcionário público**. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.⁴¹ (**Grifado**)

⁴⁰ SANTOS, André da Silva. **Teoria do Domínio do Fato e Responsabilidade Penal dos Diretores de Empresas na Criminalidade Econômica**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, 2022, p. 16.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 05 de maio de 2025.

Como é possível depreender da mera leitura, o art. 3º da Lei 8.137/1990, ao utilizar expressões como “de que tenha a guarda em razão da função”, “mas em razão dela”, e “valendo-se da qualidade de funcionário público”, cumpre com os requisitos que caracterizam os chamados delitos de dever, já que somente será autor do delito aquele que possuir o dever elevado a requisito do tipo penal em questão – no caso, ser funcionário público.

Nesse sentido, torna-se possível inferir que o dispositivo em questão não deve ser analisado sob a ótica da teoria do domínio do fato, já que a autoria, nesse caso, não se define pelo domínio do fato, mas pela condição especial exigida pelo tipo penal, de modo que a atuação do mandante (instigador) para o cometimento do delito previsto no art. 3º não deverá ultrapassar os contornos da participação. Nas sábias palavras de Greco e Teixeira 42:

Com a introdução da ideia de violação de um dever como razão de ser do tipo – relembrando-se a estreita correlação entre tipo e autoria –, modifica--se o critério que vai determinar a autoria, ou seja, o critério do domínio do fato passar não mais a ser o decisivo. Logo, autor dos delitos citados neste parágrafo, a princípio, não é mais quem domina o risco da produção do resultado, mas só pode ser quem é titular do dever descrito pelo tipo,⁶¹ o chamado intraneus.⁶² segundo, portanto, a teoria dos delitos de dever, o agente a quem o dever descrito no tipo não diz respeito – o extraneus –, a despeito de dominar os acontecimentos, será considerado apenas partícipe.⁶³ Assim, caso acrescentemos um tipo idêntico ao de prevaricação ao nosso código imaginário, em que continuariam inexistindo quaisquer arts. 29 e 30 (este último regula a chamada comunicabilidade de circunstâncias),⁶⁴ alguém que coagisse um funcionário público a retardar algum ato de ofício, apesar de possuir o domínio do fato, não poderia ser considerado autor mediato, mas somente partícipe (instigador), ficando impune.

Dito isso, tratemos, respectivamente, dos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, que assim disciplinam:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.
Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor

⁴² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 61.

complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.⁴³

Como é sabido, o artigo 1º da Lei nº 8.137/1990 trata de crime de natureza material, que exige a efetiva supressão ou redução do tributo, causando danos ao erário. Por sua vez, o delito do artigo 2º da referida Lei é de natureza formal, que se consuma com a mera prática da conduta tendente a suprimir ou reduzir tributo. 44

Apesar dos artigos supracitados possuírem natureza diversa entre si, constata-se que as infrações penais tributárias ali descritas pressupõem, em sua estrutura típica, a existência de condutas fraudulentas. Essa característica permite concluir que a responsabilização penal, nesses casos, exige necessariamente a comprovação de dolo, ou seja, da vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributo por meio de artifícios ilícitos. Assim, reafirma-se que a responsabilização se dá com fundamento na culpabilidade, sendo imprescindível a demonstração da intenção deliberada do agente em burlar o sistema fiscal.⁴⁵

Para o tributarista Carvalho, infrações subjetivas exigem dolo ou culpa para sua configuração, como na sonegação fiscal, onde o contribuinte age intencionalmente para reduzir tributos. Já as infrações objetivas se caracterizam independentemente da intenção do agente, bastando a ocorrência do fato previsto em lei. Embora a responsabilidade objetiva seja regra no

⁴³ BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União: seção 1*, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 05 de maio de 2025.

⁴⁴ VIRTUOSO, Júlia Ioppi. **Aspectos Controvertidos dos Crimes contra a Ordem Tributária: Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Direito Tributário Atual nº 39, Rio Grande do Sul, p. 233. Disponível em: file:///C:/Users/isabe/Downloads/nmitsuhashi,+11JuliaIoppiVirtuoso%20(1).pdf. Acesso em: 05 de maio de 2025. / No que se refere ao art. 1º da Lei nº 8.137/1990, o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante nº 24, prevendo que os crimes materiais contra a ordem tributária não se tipificam antes da constituição definitiva do crédito tributário.

⁴⁵ Ibid., p. 234. (VIRTUOSO apud HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; e POLIDO, Gustavo Moreno. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 91.)

direito tributário, o legislador pode prever hipóteses de responsabilização subjetiva. Nesse sentido, leciona: 46

Infração subjetiva é aquela para cuja configuração exige a lei que o autor do ilícito tenha operado com dolo ou culpa (esta em qualquer de seus graus). Caso de infração subjetiva é o comportamento do contribuinte do imposto sobre a renda que, ao prestar sua declaração de rendimentos, omite, propositadamente, algumas receitas, com o objetivo de recolher quantia menor do que a devida. As infrações objetivas, de outra parte, são aquelas em que não é preciso apurar-se a vontade do infrator. Havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a intenção do agente, dá-se por configurado o ilícito. (...) Ainda que o princípio geral, no campo das infrações tributárias, seja o da responsabilidade objetiva, o legislador não está tolhido de criar figuras típicas de infrações subjetivas. São elas a sonegação, a fraude e o conluio, além daquelas em que se elege a culpa (nos aspectos da negligência, imprudência ou imperícia), como ingrediente necessário do tipo legal.

Dito isso, conclui-se que, evidentemente, a não ser que reste demonstrada de forma inequívoca a participação dolosa do agente na prática da conduta delituosa, não é possível imputar-lhe a autoria dos crimes descritos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990 com base exclusiva na teoria do domínio do fato. Tal limitação decorre da própria natureza subjetiva das infrações penais tributárias ali previstas, que, ao exigirem fraude como elemento estrutural do tipo penal, demandam a comprovação da vontade deliberada de burlar o sistema fiscal.

É dizer, a mera posição hierárquica de comando ou influência dentro de uma estrutura empresarial não autoriza, por si só, a imputação de autoria sem a devida comprovação da vontade consciente e dirigida à realização da infração penal. É nesse sentido a explicação de Santos, em excelente artigo sobre o assunto: 47

O diretor que apenas ordena a prática do delito, segundo a teoria de Roxin, seria considerado partícipe, mas não um autor, pois não realizou o tipo penal com as próprias mãos (domínio da ação), não se utilizou de seus funcionários em erro (domínio da vontade), não planejou e executou em conjunto o fato com seus subordinados (domínio funcional do fato) nem se utilizou de um aparato organizado de poder. Desse modo, a teoria do domínio do fato não conduz a uma responsabilidade pura e simples do homem de trás a título de autoria. O diretor não será considerado autor do fato apenas por ocupar uma posição superior na organização empresarial. Salienta-se, “a teoria do domínio do fato distingue autor de partícipe no plano do tipo, e não do grau de reprovação ou no merecimento de pena dos intervenientes” (LEITE, 2014, p. 137). Isso quer dizer que os parâmetros do domínio do fato são analisados com base na contribuição do interveniente para a realização do tipo, sendo o autor a figura central do fato.

⁴⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30ª ed. São Paulo, Saraiva, 2019, p. 607.

⁴⁷ SANTOS, André da Silva. **Teoria do Domínio do Fato e Responsabilidade Penal dos Diretores de Empresas na Criminalidade Econômica**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, 2022, p. 40.

É mister reconhecer, diante do exposto, que a teoria do domínio do fato não se reveste de caráter universal, sendo sua aplicação legítima apenas no âmbito dos crimes comissivos dolosos, de modo que atribuir responsabilidade penal a título de autoria, notadamente nos delitos contra a ordem tributária, com fundamento exclusivo na posição hierárquica do indivíduo na estrutura empresarial – isto é, sem a efetiva demonstração do dolo –, implicaria em uma reprovável responsabilização penal objetiva.

Ao citar o voto do Exmo. Ministro Celso de Mello no julgamento da ação penal 470 (“Caso Mensalão”), Leite melhor elucidou a inadmissibilidade de utilização da teoria do domínio do fato como uma “teoria processual fundamentadora da punibilidade”⁴⁸:

O Min. Celso de Mello também enunciou, no contexto das afirmações sobre a teoria do domínio do fato, a inexistência de responsabilidade penal objetiva em nosso direito penal: «o sistema constitucional e com a regulação normativa, pelo Código Penal, do concurso de pessoas, e tendo em vista, sobretudo, o que venho de acentuar em torno da jurisprudência desta Corte que ampara, sem restrições quaisquer, a presunção constitucional de inocência, cabe repelir a alegação, de todo inadmissível, de que a teoria do domínio do fato poderia ensejar o reconhecimento da responsabilidade penal objetiva dos réus» (f. 56.821). Responsabilidade penal objetiva significa prescindir de dolo ou de culpa para a imputação de responsabilidade, e essa pecha pode ser atribuída à decisão da AP 470 caso se entenda, como parece ter sido o caso, que a mera posição do sujeito em determinada hierarquia é suficiente para fundamentar a sua responsabilidade penal na condição de autor de um delito. A preocupação em exclamar repetidamente que a teoria do domínio do fato não é uma teoria processual, isto é, jamais supre provas ausentes, é produto da compreensão completamente equivocada da teoria, a qual, porém, se revelou nos votos de alguns ministros na AP 470. seria desnecessário advertir nesse sentido, caso a teoria fosse utilizada de maneira correta, a saber: como teoria que serve à distinção entre autor e partícipe, e não como teoria processual fundamentadora da punibilidade.

⁴⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 162.

6. O PERIGO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL OBJETIVA

Não é novidade que a responsabilização penal objetiva configura grave afronta aos fundamentos do direito penal garantista, especialmente quando se desconsidera a exigência de dolo ou culpa para a imputação de um crime. No ponto, Nucci 49 adverte que “não se deve confundir a discussão envolvendo culpabilidade do fato e culpabilidade do autor com o princípio penal da culpabilidade”, o qual “diz respeito a não poder existir crime sem ter o agente atuado com dolo ou culpa” (NUCCI, 2014, p. 369).

A problemática se agrava no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, em que, muitas vezes, a condição de sócio ou administrador é indevidamente associada à prática delitiva, sem a devida individualização da conduta. Paulsen 50 esclarece que “a simples condição de sócio não atrai sequer a responsabilidade tributária”, sendo necessário que “tenha poderes de gestão e que se lhe possa atribuir pessoalmente a infração” (PAULSEN, 2017, p. 382).

É justamente nesse ponto que se revela o perigo da presunção de dolo, muitas vezes operada pela via da denúncia genérica. A acusação criminal que se limita a afirmar a condição de sócio ou gestor e, com base nisso, deduz uma suposta intenção fraudulenta, incorre em prática contrária aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Essa generalização compromete a legitimidade da persecução penal e amplia indevidamente os riscos de uma eventual responsabilização injusta.

Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina reiteram que a responsabilidade penal, para ser legítima, deve repousar sobre fundamentos subjetivos. Zaffaroni e Pierangeli⁵¹ destacam que o ordenamento jurídico brasileiro repudia a responsabilidade objetiva, justamente porque ela “viola o princípio segundo o qual não há crime sem culpa” (ZAFFARONI; PIARANGELI, 2013, p. 470-471).

Além disso, nos crimes contra a ordem tributária, a responsabilização penal subjetiva é reforçada pelo artigo 11 da Lei nº 8.137/1990, que estabelece que o agente que concorrer para a prática das condutas ilícitas responderá “na medida de sua culpabilidade”. Essa previsão legal deixa clara a exigência de demonstração do vínculo subjetivo entre o agente e o crime.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 369.

⁵⁰ PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8º Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 382

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; e PIARANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013, p. 470-471.

Como se não bastasse, a responsabilização objetiva nos crimes tributários também desrespeita o princípio da presunção de inocência – já que, quando o Ministério Público oferece denúncia sem individualizar a conduta e sem demonstrar o elemento subjetivo do tipo penal, presume-se a culpa do acusado, invertendo-se indevidamente o ônus da prova. Desse modo, a imputação se torna um juízo de valor antecipado, e o processo, em vez de instrumento de apuração, transforma-se em meio de constrangimento ilegítimo ao réu.

Diante desse cenário, a teoria do domínio do fato surge como ferramenta útil à elucidação das diferentes formas de participação nos delitos, inclusive nos crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei nº 8.137/1990 (com exceção do art. 3º, por ser um delito de dever). Contudo, sua má aplicação tem contribuído para reforçar imputações sem o devido lastro probatório.

É importante ressaltar, ainda, que essa teoria, como já abordado nos capítulos anteriores, foi concebida para diferenciar as figuras do autor e do partícipe a partir a partir do “domínio do fato”, seja por meio da ação (autoria imediata), da vontade (autoria mediata) ou da coautoria. Em outras palavras, somente deve ser imputado como autor aquele que, de maneira consciente e voluntária, exerceu domínio sobre a ação delitativa.

Ocorre que, nos delitos tributários, o erro mais comum é presumir esse domínio com base apenas na posição formal de administrador ou sócio de empresa, sem que se comprove a intervenção direta ou o poder de decisão sobre a prática do ilícito. Essa distorção deturpa a finalidade da teoria, transformando-a, paradoxalmente, em instrumento de imputação objetiva – exatamente o que ela visa evitar.

É dizer, o grande desafio para se evitar a configuração de uma inadmissível responsabilidade penal objetiva consiste justamente na identificação e comprovação do liame psicológico, ou seja, do vínculo subjetivo que conecta o agente ao fato típico.

Assim sendo, qualquer ordem emitida, seja no contexto de uma estrutura dissociada da ordem jurídica, seja no contexto de uma estrutura empresarial complexa, deve sempre ser devidamente comprovada. Não há como fugir da necessidade de comprovação do dolo do agente, de modo que:

“é crucial a evolução dogmática do concurso de pessoas para os fins de se adotar a teoria do domínio da organização, prescindindo-se da prova do elemento subjetivo do tipo aos comandantes e chefes das organizações criminosas, quando patente a função

de comando, a prova irrefutável da existência da organização ilícita e a prova cabal da prática de algum crime por subordinado (fungível) dentro da estrutura piramidal.”⁵²

Ocorre que, em organizações empresariais marcadas pela fragmentação de funções, pela verticalização das estruturas decisórias e pela dispersão de competências, a identificação desse elemento subjetivo se torna sobremaneira difícil.

Em cenários assim, uma política de *compliance* bem estruturada – que estabelece fluxos de decisão formalizados, procedimentos de reporte, segregação de funções e canais de denúncia – desempenha um papel fundamental, não apenas como instrumento de prevenção de ilícitos, mas também como mecanismo que contribui para a delimitação clara de atribuições e responsabilidades dentro da empresa, limitando, com isso, o risco de uma provável responsabilização penal objetiva.

Sua existência não elimina a necessidade de demonstração do dolo ou da consciência da ilicitude, mas auxilia a delimitar, com maior precisão, quem efetivamente detinha o domínio da decisão que culminou na prática do ilícito, funcionando como importante instrumento de reforço à segurança jurídica e de proteção contra imputações penais indevidas.

⁵² DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida; 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.** São Paulo: Fronteiras Interdisciplinares do Direito, V1, N.1, 2019, p. 34.

7. O COMPLIANCE COMO ESTRATÉGIA PREVENTIVA

Não é novidade que a imputação de responsabilidade penal individual no âmbito da criminalidade econômica, especialmente em estruturas empresariais complexas, representa um grande desafio para o processo penal brasileiro. Isso porque, “A pluralidade de agentes, a divisão de tarefas, a delegação de funções e a fragmentação da informação dificultam a identificação do autor responsável por determinada conduta típica, ilícita e culpável praticada no âmbito da sociedade empresária”⁵³. (TAVARES apud ESTELLITA, 2020, p. 10)

A temática ganhou contornos ainda mais concretos no já mencionado julgamento da ação penal nº 470 (caso “Mensalão”), ocasião em que o termo “*compliance*” – ou “conformidade”, em português – foi citado mais de 500 vezes no acórdão do Supremo Tribunal Federal 54, evidenciando a necessidade de aprofundamento para a face preventiva do direito penal econômico.

Dito isso, importa rememorar que o *compliance* nasceu na década de 1960, no período do pós-guerra, e, conforme avalia o instituto americano *Ethics and Compliance Initiative* (“Iniciativa para Ética e Compliance”) ⁵⁵, a expressão *compliance* deriva do verbo em inglês *to comply*, ou “cumprir”.

Assim sendo, no contexto de estruturas empresariais complexas, refere-se ao conjunto de práticas, políticas e procedimentos adotados por uma organização para garantir que ela e seus colaboradores “façam cumprir”, ou seja, atuem em conformidade com leis, regulamentos, normas internas e princípios éticos. É no mesmo sentido, inclusive, a conceituação do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBCG):

(...) a busca permanente de coerência entre aquilo que se espera de uma organização – respeito a regras, propósito, valores e princípios que constituem sua identidade – e o que ela, de fato, pratica no dia a dia. O programa de compliance de uma organização deve abranger um conjunto de mecanismos e procedimentos, políticas, diretrizes, código de conduta, canal de denúncias e demais instrumentos com o objetivo de prevenir, detectar e sanar desvios de conduta, fraudes, atos de corrupção, lavagem de dinheiro, atos ilícitos praticados contra a administração pública, dentre outras questões. Além disso, deve alinhar a atuação de todos na organização com os princípios, valores e propósito dela e promover uma cultura de integridade⁵⁶

⁵³ TAVARES, Débora Santos; ROCHA, Fernando A. N. **Estudos de Compliance Criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 10.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁵⁵ THE, Priscilla. **O que é compliance?** Valor Econômico, Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2025. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/artigo/o-que-e-compliance.ghtml>. Acesso em: 07 de maio de 2025.

⁵⁶ IBCG. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 6ª ed. São Paulo, 2023, p. 34.

Dessa maneira, entende-se por “programa de integridade” todo conjunto de regras e regulamentos, impostos pela empresa a todos os seus colaboradores – inclusive e, principalmente, diretores e gerentes –, visando a “mitigação de riscos, conservação dos valores éticos e sustentabilidade empresarial, de modo a assegurar a continuidade do negócio e a proteção dos interesses dos stakeholders”. 57 (ROCHA apud BERTOCCELLI, 2020, p. 110)

Torna-se possível inferir, a partir disso, que os programas de integridade voltados ao criminal *compliance* devem observar, por lógica, as regras e proibições do direito penal, buscando evitar “a prática de crimes no desenvolvimento das atividades empresariais, por meio do controle dos riscos que lhe são inerentes, de modo a satisfazer sua função preventiva”. (ROCHA, 2020, p. 110). É preciso, portanto, que exista um mecanismo de controle das atividades empresariais.

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto do *compliance* foi progressivamente consolidado a partir de marcos normativos relevantes, como o Decreto nº 3.678/2000⁵⁸, a Lei nº 10.467/2002⁵⁹ e, de forma mais incisiva, a Lei nº 12.846/2013⁶⁰, mais conhecida como Lei Anticorrupção. Complementarmente, as diretrizes para a implementação de um programa de *compliance* encontram respaldo no artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015⁶¹, que foi substituído pelo atual artigo 56 do Decreto nº 11.129/2022⁶², dispondo que:

CAPÍTULO V

DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de:

I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e

⁵⁷ ROCHA, Fernando A. N. **Estudos de Compliance Criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 110.

⁵⁸ BRASIL. Decreto nº 3.678/2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 07 de maio de 2025.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 10.467/2002. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110467.htm. Acesso em: 07 de maio de 2025.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 12.846/2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 07 de maio de 2025.

⁶¹ BRASIL. Decreto nº 8.420/2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm. Acesso em: 07 de maio de 2025.

⁶² BRASIL. Decreto nº 11.129/2022. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11129.htm. Acesso em: 07 de maio de 2025.

II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.
Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Particularmente no que tange aos crimes contra a ordem tributária, pode-se considerar o *compliance* como uma excelente ferramenta preventiva, na medida em que, com a adoção de um programa de integridade que também englobe a temática, seria possível evitar o risco que o sócio e/ou o administrador de determinada empresa sofresse persecução penal injusta, já que, apesar de menor, existe a possibilidade, ainda hoje, de oferecimento de denúncia genérica somente com base na utilização isolada – e, portanto, deturpada – da teoria do domínio do fato.

Como bem pontua Saad-Diniz e Ramos, em relevante artigo intitulado “*Tax Compliance, Crimes Tributários e Representação Fiscal para Fins Penais*”:

“Os problemas de produção de prova da autoria e materialidade, as dificuldades em torno da individualização da conduta, além das modalidades de caracterização de delitos de infração de dever, continuam sendo questões de fundo entre os penalistas”⁶³

E continuam, em brilhante raciocínio, apontando para o fato de que “a adoção de um programa de cumprimento adequado evidencia a conduta dirigente dos administradores e sócios quanto à prevenção de infrações econômicas, reduzindo o risco de eventual responsabilização ou, ao menos, garantindo a atenuação da pena em eventuais condenações criminais.”⁶⁴

Assim sendo, ao adotar um programa de integridade que abrange a correlação entre política fiscal e a política criminal, se está “antecipando o juízo de punibilidade já no ambiente privado” possibilitando o “(...) fomento à postura cooperativa entre contribuinte e Fisco”. (SAAD-DINIZ; RAMOS; p. 297).

Como sugestões de medidas a serem adotadas em um programa de *tax compliance*, os autores elencam a “demonstração da idoneidade da declaração” ou “construção da declaração suficiente” que permitiria a melhor compreensão de “como se deram de fato, as operações de planejamento tributário e sua pertinência ao sistema de inteligência de informação do Fisco.” (SAAD-DINIZ; RAMOS; p. 301).

⁶³ DINIZ, Eduardo Saad; RAMOS, Giulia. *Tax Compliance, Crimes Tributários e Representação Fiscal para Fins Penais*. Ribeirão Preto, p. 296. Disponível em: http://www.puspesc.usp.br/wp-content/uploads/sites/278/2020/08/SAAD.RAMOS_Tax-compliance-crimes-tributarios-representacao-fiscal.pdf. Acesso em: 07 de maio de 2025.

⁶⁴ Ibid., p. 296 e 297.

Portanto, um programa de integridade efetivo deve ser mais do que um instrumento formal de adequação normativa; deve funcionar como uma ferramenta estratégica de governança corporativa e como um meio de prevenção penal antecipada – resguardando a figura do sócio e/ou administrador e auxiliando o Fisco e o Ministério Público, quando necessário, na identificação do real autor do delito.

Para isso, além da adoção de práticas como a “construção da declaração suficiente” e o registro detalhado das operações fiscais e contábeis, a empresa deve sempre manter arquivos de suporte documental acessíveis, auditáveis e compatíveis com os padrões da Receita Federal, demonstrando a idoneidade das informações prestadas. É importante, também, levar em consideração o fator humano, investindo em educação corporativa voltada à ética e à identificação de riscos de natureza penal-tributária.

É mister destacar, ainda, que a área de *compliance* deve poder atuar com independência técnica e operacional, dispondo de recursos humanos e tecnológicos suficientes⁶⁵ para monitorar o cumprimento das normas internas, oferecer treinamentos regulares, realizar auditorias periódicas e apurar denúncias de irregularidades de forma isenta.

A implementação de programas de integridade voltados à prevenção de crimes econômicos não pode ser reduzida à mera formalidade burocrática ou à simples mitigação de riscos penais. Trata-se de um imperativo ético no seio das organizações. Na perspectiva filosófica kantiana⁶⁶, agir com integridade implica obedecer a deveres que são válidos universalmente, independentemente de interesses pessoais⁶⁷.

Assim, a empresa ética não é aquela que evita o ilícito apenas por receio da punição, mas sim aquela que se compromete com a racionalidade moral e com o respeito à dignidade das pessoas afetadas por suas atividades. Neste sentido, o *compliance*, quando efetivamente implementado, representa um movimento ético-político-corporativo em direção a uma sociedade em que o poder se exerce também através da autonomia responsável dos agentes econômicos.

⁶⁵ Tais como políticas internas, manuais de conduta, códigos de ética e canais de denúncia.

⁶⁶ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 44.

⁶⁷ Ibid., p. 44: “Portanto, a lei universal do Direito é: age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal; esta é, na verdade, uma lei que me impõe uma obrigação, mas que de todo em todo não espera, e muito menos exige, que deva eu próprio restringir a minha liberdade a essas condições em virtude dessa obrigação, mas, pelo contrário, a razão diz apenas que a liberdade, na sua ideia, encontra-se limitada a tal requisito e que ela pode, no plano dos factos, ser limitada por outros; e isto di-lo ela como um postulado, que não é susceptível de demonstração ulterior”.

8. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou demonstrar, de maneira sistemática e crítica, os limites da teoria do domínio do fato como instrumento de imputação penal nos crimes tributários praticados em estruturas empresariais complexas, destacando a necessidade de rigor técnico e dogmático para evitar sua indevida utilização como atalho probatório.

Inicialmente, foi realizada uma análise aprofundada sobre o concurso de pessoas no Brasil, destacando-se que o código penal, embora adote predominantemente a teoria unitária, e ainda que conte com uma inequívoca ambiguidade normativa dos artigos 29 a 31, passou a reconhecer a importância de distinguir as figuras de autor e partícipe.

Discutiu-se, ainda, como a doutrina diverge entre uma concepção extensiva ou restritiva de autoria, ressaltando-se que a definição precisa dessas categorias é fundamental para evitar imputações arbitrárias, especialmente quando se está diante de organizações empresariais de múltiplos níveis decisórios.

Continuamente, o presente trabalho passou a destrinchar a teoria do domínio do fato com maior riqueza de detalhes, destacando sua evolução histórica até atingir seu maior grau de completude com a formulação de Roxin, que melhor abrangeu a teoria ao formular suas três modalidades de aplicação: o domínio da ação, o domínio da vontade e o domínio funcional do fato.

Abordou-se criticamente, no decorrer da dissertação, a escancarada desvirtuação da teoria do domínio do fato no caso paradigmático da ação penal 470 (Mensalão), com o uso indevido da teoria como substituto de prova direta da autoria. Esse precedente revelou os riscos da má interpretação da teoria, transformando-a, equivocadamente, em uma “teoria processual de punibilidade”, utilizada para justificar condenações com base na posição ocupada pelo agente na estrutura empresarial, em flagrante violação ao princípio da culpabilidade.

Acerca dos crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei nº 8.137/1990, destacou-se, inicialmente, que a teoria do domínio do fato não se aplica aos crimes funcionais, excluindo, assim, a aplicabilidade da teoria no que se refere ao art. 3º da referida Lei.

Já, em relação aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º, de natureza material e formal, respectivamente, demonstrou-se que, embora sejam crimes comuns e passíveis de imputação com base na teoria do domínio do fato, sua estrutura típica exige, para a responsabilização, a comprovação inequívoca de dolo e fraude.

Desse modo, tornou-se possível inferir que a imputação não pode decorrer da simples posição ocupada pelo agente na empresa, sendo imprescindível comprovar a sua vontade livre e consciente de burlar o sistema tributário.

Reforçou-se, assim, a necessidade da demonstração do vínculo subjetivo – o liame psicológico – como elemento indispensável para a imputação penal, sobretudo em sociedades empresariais complexas. Isto é, a responsabilização penal exige demonstração concreta da atuação dolosa e da contribuição causal relevante para a prática do ilícito, sob pena de incorrer-se em inadmissível responsabilização penal objetiva.

Conclui-se, assim, que a imputação genérica a sócios, administradores ou diretores, desprovida de demonstração concreta do dolo e do efetivo vínculo subjetivo, revela não apenas um uso impróprio da teoria, mas também a fragilidade de um sistema que recorre a categorias dogmáticas para suprir uma dificuldade de levantamento de provas, em detrimento da devida individualização da conduta do agente.

A presente pesquisa sugere, portanto, a adoção de programas de integridade voltados ao *tax compliance* penal como um mecanismo capaz de auxiliar na tarefa preventiva de riscos através da delimitação precisa de esferas de responsabilidade dentro de organizações empresariais complexas – com documentação de fluxos decisórios, clareza na atribuição de funções e promoção de uma cultura interna de integridade.

Portanto, conclui-se que a teoria do domínio do fato deve ser aplicada com parcimônia e estrita observância de seus pressupostos dogmáticos, sob pena de se transformar em instrumento de punição arbitrária. O fortalecimento do *compliance* e a valorização da prova concreta da autoria são caminhos imprescindíveis para um direito penal verdadeiramente comprometido com os princípios garantistas que o legitimam.

9. REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do Domínio do Fato**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, Eduardo Saad; RAMOS, Giulia. **Tax Compliance, Crimes Tributários e Representação Fiscal para Fins Penais**. Ribeirão Preto, 2014.

DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida; 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**. São Paulo: Fronteiras Interdisciplinares do Direito, V1, N.1, 2019.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Estudos Introdutórios sobre o Concurso de Pessoas no Direito Penal Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

IBCG. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 6. ed. São Paulo: 2023.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

LÔBO, Henrick. **Teoria do Domínio do Fato: uma análise à luz do concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROCHA, Fernando A. N. **Estudos de Compliance Criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

ROXIN, Claus. **Autoría Y Dominio Del Hecho en Derecho Penal**. Trad. da 7ª Ed. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SANTOS, André da Silva. **Teoria do Domínio do Fato e Responsabilidade Penal dos Diretores de Empresas na Criminalidade Econômica.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, 2022.

TAVARES, Débora Santos; ROCHA, Fernando A. N. **Estudos de Compliance Criminal.** Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

VIRTUOSO, Júlia Ioppi. **Aspectos Controvertidos dos Crimes contra a Ordem Tributária: Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Direito Tributário Atual nº 39, Rio Grande do Sul, 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIARANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** 10. ed. São Paulo: RT, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.