

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

João Porto Silvério Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-793-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Reuniram-se os autores dos textos ora apresentados em uma tarde ensolarada do outono brasileiro, por ocasião do XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia.

Apresentados e discutidos os textos, na ordem em que agora serão apresentados, restou claro o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra e que foram divididos, de acordo com a temática de cada um, em três grandes blocos: direito penal material, o direito processual penal e a execução penal.

Destacam-se no primeiro bloco os seguintes textos:

- Princípio da insignificância no direito penal: fundamentos e aplicabilidade, das autoras Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno e Rejane Alves De Arr, que versa sobre o estudo do princípio da insignificância sob a ótica de seu acolhimento ao longo da história, de seus fundamentos e aplicabilidade na Justiça Comum e Militar, bem como de sua análise frente aos princípios da adequação social e da ofensividade e dos crimes de menor potencial ofensivo. Destacou-se que o princípio da insignificância passou a ser aplicado pelos Cortes Superiores na década de 80, momento que denota um avanço no processo de efetivação da subsidiariedade do direito penal no Brasil.
- A condenação criminal pelo uso de droga e a reincidência, do autor Bruno Pinheiro Caputo, e que traz uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores e da legislação a respeito da condenação criminal pelo uso de drogas e o instituto da reincidência, com vistas à resposta à seguinte questão: a condenação por uso de drogas é geradora da reincidência?
- Espécies invasoras e a tutela do direito penal: o caso do bagre-africano, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Vanessa de Vasconcellos Lemgruber França, que versa sobre a abordagem jurídico-penal no tratamento de espécies invasoras em solo brasileiro, mais precisamente o Bagre-africano na região do Rio Caratinga. Pondera-se sobre a nova faceta do bem jurídico tutelado pelo direito penal na seara ambiental em decorrência do surgimento de novos riscos e do aprofundamento do processo de globalização.

- Para um conceito adequado de corrupção pública no direito penal, de Camilo de Oliveira Carvalho, que se volta à compreensão do conceito de corrupção, sobretudo da corrupção pública, bem como à identificação acerca de quais crimes do Código Penal é possível utilizar adequadamente o termo. O autor faz um breve panorama sobre o problema da corrupção para, em seguida, trabalhar com a sua compreensão ética e política. Por fim, são apresentados parâmetros para a identificação da corrupção pública, analisando, no Código Penal Brasileiro, as hipóteses aptas a se enquadrarem no conceito exposto.

- O bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro e a sua necessária identificação para a proteção da ordem constitucional, de Rhayssam Poubel de Alencar Arraes e Leonardo Ferreira dos Santos, e que analisa a natureza do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro demonstrando a sua importância para a proteção da ordem constitucional. É examinada a estrutura do referido delito, seu histórico, e a relação com seu objeto de tutela. O artigo conclui que o bem jurídico salvaguardado é a ordem econômica, sendo que a sua identificação é traduzida no amparo de direitos e garantias fundamentais do acusado e na defesa da ordem econômica, ambos elementos essenciais da ordem constitucional brasileira.

- Discurso jurídico penal e (pós) democracia, de Clodomir Assis Araújo Júnior, que trata da seguinte temática: entre a crise e um estágio de (pós) configuração, persistem vários discursos que tentam identificar de fato quais seriam as principais marcas da intervenção penal brasileira. O autor busca compreender se a função de contenção do poder punitivo vem sendo adequadamente concretizada pela Justiça Criminal Brasileira. Para tanto, foi perquirida a relação entre o eficientismo judicial, o ideário prevencionista da pena e as distorções da criminalização nos meios de comunicação.

- O direito penal do trabalho e a construção histórica da tutela penal em prol da organização do trabalho, de Marina Calanca Servo e Jair Aparecido Cardoso, que propõe a produção de novos olhares sobre os movimentos de proteção dos direitos laborais, mediante análise dos avanços obtidos no amparo desse bem jurídico. Para tanto, os autores percorrem desde o resultado da herança escravista às garantias concedidas pela Constituição de 1988, visando compreensão e análise da legitimidade ao Direito Penal do Trabalho.

- Responsabilização penal da pessoa jurídica e a (im) possibilidade de aplicação da teoria do domínio da organização, de Claudevan da Silva Lima, que assim pode ser resumido: considerando o atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de responsabilização penal da pessoa jurídica, o texto tem por objetivo, partindo da criação da teoria do domínio do fato por Welzel e sua evolução para teoria do domínio da organização com seus pressupostos constitutivos desenvolvida por Roxin, fazer uma análise das teorias e,

ao final, constatar a possibilidade da aplicação da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais.

- Fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, de Jamir Calili Ribeiro, o qual discute o fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, para o fim de responder às seguintes perguntas: é possível pensar na possibilidade de um ente coletivo praticar uma infração penal? Se for possível, o que fundamenta essa capacidade? Conclui-se que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é uma capacidade criada pelo legislador por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas, inspirada no Direito Penal Simbólico.

- A nova inquisição: o Supremo Tribunal Federal e a sua conduta de juiz inquisidor consonante à teoria do direito penal do inimigo de Günter Jakobs, das autoras Karine Silva Carchedi e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, que pode ser resumidamente apresentado da seguinte forma: Recentemente, o Supremo Tribunal Federal consolidou-se como detentor de legitimidade para a abertura de inquérito com o fim de investigar possíveis notícias fraudulentas emanadas contra a instituição, bem como seus ministros e familiares. O texto objetiva analisar os possíveis pontos de inconstitucionalidade presentes na Portaria GP nº 69 de 14 de março de 2019, o seu caráter processual penal inquisitivo não adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e a forma como se coaduna com o direito penal do inimigo.

- Os fins da pena: uma breve exposição sobre a teoria da prevenção geral positiva de Günter Jakobs, de Ana Carolina Ramos Silveira, e que tem por objetivo tecer breve exposição sobre os fins da pena conforme as teorias absolutas e relativas e, especialmente, sobre a teoria da prevenção geral positiva conforme Günther Jakobs.

- Sistema de justiça penal prospectivo: em busca de um paradigma de justiça social, de Brenda Caroline Querino Silva e Luiz Fernando Kazmierczak, e que busca compreender a responsabilidade da ineficiência da ressocialização dos condenados quanto a propagação do sentimento de ódio e vingança nos indivíduos. Objetiva-se destacar o caráter meramente retrospectivo do sistema criminal brasileiro, a fim de que seja possível elucidar a importância de sua humanização e alteração da perspectiva social atual.

Os textos que compõem o segundo grande bloco, que versa sobre o direito processual penal, são apresentados doravante, também por título, autores e conteúdo:

- Etiologia Criminológica no senso comum teórico e processo penal como instrumento de defesa social: (des)velando o fundamento da periculosidade do agente para garantia da ordem pública na prisão preventiva, dos autores Marcus Vinicius Do Nascimento Lioma e Juliano de Oliveira Leonel, e que pode ser assim resumido: A Criminologia etiológica, centrada no determinismo, abandonou a noção de responsabilidade penal ancorada no livre-arbítrio, fazendo com que o corpo criminológico voltasse a atenção para a finalidade de cessar ou diminuir a periculosidade do sujo, dentro de uma concepção de defesa social. A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite o uso da prisão preventiva para garantia da ordem pública partindo da noção de periculosidade do agente. O texto procura demonstrar o equívoco de se atribuir ao processo penal, notadamente à prisão preventiva, metas de defesa social, dentro do atual paradigma de um Estado Democrático de Direito.

- Prazo razoável do processo: liberdade de imprensa versus presunção de inocência do acusado, dos autores Tiago Oliveira De Castilhos e Valdir Florisbal Jung, que propõe uma reflexão sobre o princípio da razoável duração do processo, da análise da influência ou não da imprensa no trâmite dos processos e no julgamento de crimes de maior repercussão. A liberdade de expressão da mídia prevalece sobre a presunção de inocência nesta sociedade acuada pela (in)segurança pública? O que a torna mais propensa a confundir justiça e a vingança? Sobre o tema, os autores trataram, comparativamente, de dois processos de homicídio que tramitaram em Canoas, terceiro PIB do RS.

- “Pacote anticrime”: uma análise da transposição do instituto da plea bargaining para o processo penal brasileiro, de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson, o qual analisa a transposição, para o processo penal brasileiro, do instituto da plea bargaining, questionando em que medida esta transposição se afigura como manifestação de um modelo eficientista de processo que viola as garantias estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito. O texto encontra-se estruturado em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos. Na primeira, analisa-se o instituto da plea bargaining conceitualmente; na segunda, visa estabelecer uma crítica ao instituto e à sua “transposição” à realidade brasileira, buscando evidenciar a lógica eficientista que subjaz à citada proposta de alteração legislativa.

- O artigo “A evolução da investigação policial e a feição resolutive do delegado de polícia: mudança de paradigma”, de Irineu Coelho Filho e Marina Garcia Valadares, propõe uma releitura do sistema de investigação policial adotado pelo ordenamento jurídico, demonstrando a importância e a necessidade de seu aprimoramento, o que irá repercutir no aperfeiçoamento da Justiça Criminal. Busca-se com apoio na bibliografia uma revisão

conceitual, a construção e oferecimento de proposta de mudança de paradigma, atribuindo ao delegado de polícia a função de conciliador em prol da efetividade do direito fundamental de acesso à justiça.

Por fim, os textos que tratam da execução penal, são os seguintes, por título, autores e resumo:

- Presídios e a iniciativa privada, de Evelise Slongo Dudziak, o qual propõe desvendar em que medida o Estado pode abrir mão da prestação do serviço público de segurança e conceder à iniciativa privada tal tarefa, diante da crise do sistema carcerário. Conclui-se que a administração dos presídios pode ser repassada às entidades privadas, sendo uma estratégia viável ao Poder Público.

- Panóptico: mecanismos de controle social e jurídico na sociedade contemporânea, de Fernanda dos Santos Andrade Amaral e Simone Valadão Costa e Tressa, O trabalho versa sobre o estudo do panóptico, idealizado por Jeremy Bentham como modelo arquitetônico para instituições de vigilância e retomado por Foucault sob o aspecto da dominação de pensamentos, bem como os diversos mecanismos de controle na sociedade contemporânea. A conclusão indica a necessidade de conscientização dos indivíduos quanto ao controle e a necessidade de elaboração de regras para uso moderado desses mecanismos.

- A modalidade da educação à distância para os apenados: inclusão social e efetividade dos direitos da personalidade, de Débora Alécio e Zulmar Antonio Fachin, e que tem por objetivo discutir a situação de vulnerabilidade do apenado, diante da necessidade de inclusão social por meio da educação. Considera-se que a educação à distância é uma modalidade capaz de alcançar este público vulnerável, acesso este que procura garantir o mínimo existencial, o resguardo aos direitos da personalidade e se mostra como meio hábil de ressocialização. Por isso, a educação à distância se torna um instrumento de inclusão social do preso e consequente efetivação do direito à educação e direitos da personalidade.

O leitor, por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação às demandas hodiernas.

Tenham todos ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. João Porto Silvério Júnior - UNIRV

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - UNIJUI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO.

THE PENAL LIABILITY OF THE LEGAL PERSON AND THE (IM) POSSIBILITY OF APPLICATION OF THE THEORY OF THE ORGANIZATION.

Claudevan da Silva Lima ¹

Resumo

Considerando o atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de responsabilização penal da pessoa jurídica, o presente artigo tem por objetivo, partindo da criação da teoria do domínio do fato por Welzel, e sua evolução para teoria do domínio da organização com seus pressupostos constitutivos desenvolvida por Roxin, fazer uma análise das teorias e, ao final, constatar a possibilidade da aplicação da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais. Para tanto, utilizaremos o método lógico-dedutivo.

Palavras-chave: 1. direito penal, 2. teoria do domínio do fato, 3. teoria do domínio da organização, 4. aplicação da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais

Abstract/Resumen/Résumé

Considering the current position adopted by the Federal Supreme Court of criminal liability of the juridical person, this article aims, starting from the creation of the theory of the domain of the fact by Welzel, and its evolution to theory of the domain of the organization with its constitutive assumptions developed by Roxin, to make an analysis of the theories and, in the end, to verify the possibility of the application of the theory of the domain of the organization's in corporate crimes. For this, we will use the logical-deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: 1. criminal law, 2. theory of mastery of fact, 3. theory of the domain of the organization, 4. application of the theory of the domain of the organization in the business crimes

¹ Mestrando pela Universidade Nove de Julho/SP; Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade Castilla- La Mancha/ES; Especialista em Direito Penal Pela Escola Superior do Ministério Público.

INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 trouxe no artigo 225, § 3º a condição de responsabilização das pessoas físicas ou jurídicas diante da conduta e atividade lesiva praticada contra o meio ambiente, além da obrigação de reparar o dano.

A lei 9.605/98 ao tratar das sanções penais e administrativas das condutas lesivas ao meio ambiente, dispôs em seu artigo 3º, atendendo ao dispositivo constitucional, que pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente não sendo excluída, no entanto a responsabilidade da pessoa física, como autora, coautora ou partícipe do mesmo fato¹.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso em mandado de segurança RMS.16.696/PR, discutiu o trancamento da ação penal contra a Petrobras acerca de crime ambiental cometido pelo derramamento de óleo na cidade do Paraná, decidiu que, se fosse afastado o delito com relação à pessoa física, a pessoa jurídica não poderia responder criminalmente. Assim, vinculando a condição de persecução penal da pessoa jurídica conjuntamente com a pessoa física.

O posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça gerou o Recurso Extraordinário 548.181/PR, sendo julgado pela primeira turma do Superior Tribunal Federal por maioria de votos, que entendeu ser admissível a condenação da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, “ainda que fosse absolvido a pessoa física ocupante do cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa” (PRADO, 2017, p.308)², desvinculando a condição de que necessariamente a pessoa jurídica só poderia responder conjuntamente e com a pessoa física.

O atual posicionamento do Supremo Tribunal de Federal é ainda muito questionado pela doutrina, em especial pelos defensores da teoria do delito clássica que condiciona a existência do delito a uma conduta humana.

Diante desse panorama do estudo da teoria do delito, o jurista Claus Roxin desenvolveu a teoria do domínio do fato, e ampliando o ensinamento, desenvolve-se a teoria do domínio da organização com aparatos organizados de poder.

Desse modo, o presente artigo tem por objetivo a análise da teoria do domínio da organização com aparatos organizado de poder em face dos delitos empresarias, diante da

¹ Lei 9.605/98: Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

² Prado, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 15º ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

preocupação do próprio criador da teoria, que após o seu uso inadequado pela nossa Corte Magna na Ação Penal 470 acabou por gerar uma figura teratológica de condenação pelo domínio da posição.

Para tanto, utilizaremos o método logico-dedutivo. De início analisaremos a responsabilidade penal da pessoa jurídica e o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal. Na sequência apresentaremos a clássica teoria da autoria mediata de Welzel, seguido à teoria da autoria aperfeiçoada por Claus Roxin, discorrendo sobre a teoria do domínio da organização. Por fim, diante da utilização da teoria do domínio do fato pelo Supremo Tribunal Federal na ação penal 470, analisaremos como essa se deu e como foi entendida e utilizada pela Corte. Concluindo pela possibilidade ou não da utilização da autoria mediata mediante aparato organizado de poder nos delitos empresariais em nosso ordenamento.

1. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA.

Com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, com relação aos delitos praticados pela pessoa jurídica, houve menção de sua responsabilização nos artigos 173 § 5º, ligados aos crimes contra a economia popular e à ordem econômica financeira, sendo que esse dispositivo padece de regulamentação, e também no artigo 225 § 3º, que previu a responsabilização penal da pessoa jurídica nos casos de crime ambiental. Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela nossa lei de crimes ambientais, Lei 9.605 de 1998 que no seu artigo 3º previu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e pela sua redação admitiu um sistema de dupla imputação, porque permite responsabilizar penalmente a pessoa jurídica sem prejuízo da responsabilização penal da pessoa física.

O entendimento doutrinário se dividiu no sentido da obrigatoriedade ou não dessa dupla imputação para poder gerar a condenação ou não da pessoa jurídica, ou seja, para imputar um delito a uma pessoa jurídica, necessariamente teria que ser imputada conjuntamente a pessoa física, representante legal, diretor, gestor ou responsável pelo dano ambiental.

O Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário em Mandando de Segurança 16.696/PR³, entendeu que, para condenar a pessoa jurídica, necessariamente a pessoa física

³ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. 1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a *actio poenalis*, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio* humana. 2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor. 3. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício” (fl. 567).

deveria ser condenada. Com esse entendimento se o Ministério Público oferecesse a denúncia apenas contra pessoa jurídica, esta deveria ser rejeitada, porque a dupla imputação seria obrigatória e não poderia processar criminalmente a pessoa jurídica sem processar criminalmente a pessoa física. Na sequência, a decisão do Superior Tribunal de Justiça gerou o Recurso Extraordinário 548.181/PR, sendo julgado pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal que por maioria de votos, firmou o entendimento de que o delito praticado pela pessoa jurídica independe da penalização da pessoa física conjuntamente, ou seja, pelo entendimento adotado, a dupla imputação passa a não ser mais obrigatória, podendo ser oferecida a denúncia isoladamente contra a pessoa física ou jurídica.

Atualmente, sobre o ponto de vista da doutrina e da jurisprudência é plenamente possível do ponto de vista constitucional, a responsabilização penal da pessoa jurídica, posto que, está previsto na Constituição Federal, está previsto em Lei Ordinária, conta com o posicionamento favorável do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, sendo portanto, de modo incontroverso o posicionamento jurídico pátrio adotado e a ser seguido.

Mesmo diante do já firmado posicionamento, muitos doutrinadores sob os mais variados argumentos ainda se debatem sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica, dentre alguns; Luiz Regis Prado, César Roberto Bitencourt, dentre outros, que, dentro de uma visão da teoria do delito clássica, sustentam inicialmente que a pessoa jurídica não poderia ser responsabilizada pelo fato de não poder agir com dolo, ou culpa pela ausência de elemento subjetivo, pela ausência de culpabilidade, pela ausência de atendimento às finalidades da pena dentre muitos outros argumentos.

Contudo, pelo posicionamento adotado pela Suprema Corte brasileira, é possível vislumbrar a possibilidade de aplicação de responsabilização da pessoa jurídica diante da teoria do domínio do fato, inicialmente criada por Welzel e posteriormente desenvolvida e aperfeiçoada por Roxin.

Embora não seja esse o cerne do presente artigo, como objetivo de situar o melhor entendimento do leitor, se faz necessário, mesmo que de forma perfunctória a apresentação da Teoria do Domínio do Fato, sua criação, desenvolvimento e aperfeiçoamento, e em sequência, analisaremos a possibilidade da aplicação da teoria do domínio da organização nos casos de delitos empresariais.

2. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO.

2.1 Apresentação da teoria da autoria por Hans Welzel.

Por volta do ano de 1939, Hans Welzel elaborou a teoria objetivo-subjetiva, ou domínio do fato. Com essa teoria Welzel reformula todas as categorias constitutivas do fato punível. Em sua teoria houve o deslocamento do dolo e da culpa da culpabilidade para o fato típico, considerando a vontade como um ato determinante para realização final da conduta. Desse modo não há conduta sem vontade. Com essa concepção, Welzel entendeu que o delito deve ser analisado em sua esfera dolosa e culposa, tendo a teoria do domínio do fato aplicação apenas quanto as condutas dolosas.

Entendeu que a autoria tem contornos objetivos e subjetivos. Os contornos objetivos decorrem da estrutura do próprio tipo, e pelas características pessoais do autor do delito, o fato do autor ser médico e praticar um delito que se relacione especificamente com a função que exerce, e de igual modo ser funcionário público como exemplo, ao passo que os contornos subjetivos são representados pelas intenção e ânimo do autor, sendo o elemento subjetivo do tipo.

Para representar a coautoria, se entendeu que além dos pressupostos pessoais e subjetivos acima expostos, necessitaria por parte do coautor a vontade inequívoca de participar dos atos preparatórios e da execução do delito, demonstrando o autor a decisão em agir conjuntamente para a realização do injusto, de modo que há uma horizontalidade da figura do autor com os outros envolvidos, cada um, ou todos respondendo igualmente como a figura do autor.

Com relação a autoria mediata, Welzel traz hipóteses de autoria mediata considerando as características objetivas e subjetivas do autor no momento do cometimento do delito. Desse modo, sendo considerado o tipo penal, o autor pode valer-se de um terceiro, como instrumento para efetivar a ação delitiva, mesmo sendo este terceiro desprovido de pressupostos pessoais subjetivos como dolo ou vontade.

Assim, para concluir a sua ação criminoso, o autor pode se valer de alguém desprovido de dolo, ou por meio de coação, ou ainda pode se valer de menores e ou portadores de enfermidades mentais.

Nesse contexto histórico, a teoria do delito clássica não comportaria a responsabilização penal da pessoa jurídica, como sustentando pelos defensores mais tradicionais, visto que no início do desenvolvimento da teoria da autoria, seria inconcebível o cometimento de delito pela ausência de vontade do ente moral, pelo entendimento da incapacidade desta de cometer ação dolosa, lhe faltaria o elemento subjetivo do tipo penal.

2.2 Desenvolvimento da teoria da autoria por Claus Roxin.

Com o desenvolvimento e aperfeiçoamento da teoria da autoria após as concepções iniciais de Welzel, Claus Roxin, em 1963, sistematizou e desenvolveu a sua teoria da autoria com destaque à teoria do domínio do fato, de modo que esta pudesse ser apresentada ao mundo jurídico em condições de ser devidamente aplicada.

Tendo inicialmente dois pontos de grande relevância a serem observados, na jurisprudência alemã, que o autor direto do delito quando a mando de outrem, respondia por cumplicidade e não como autor do próprio delito, ao passo de que, quem emitiu a ordem era também condenado como partícipe, pelo fato de não ter praticado diretamente na atuação do crime.

Como vimos acima, a construção na jurisprudência alemã se dava pela teoria subjetiva da autoria, de modo que o autor direto, aquele que efetivamente praticava diretamente a ação delitiva contra alguém, que cumpria a ordem, não tinha para si o *animus auctoris*, a vontade de ser autor de delito, mas de somente cumprir a ordem determinada com *animus socii*, ao passo que o mandante do delito, aquele que efetivamente dava a ordem, pelo fato de não praticar diretamente a conduta de matar, atirar, respondia também como cúmplice.

A partir dessa observação, Claus Roxin propôs que se reconhecesse uma nova forma de autoria mediata para alcançar aqueles que davam ordens para cumprimento de delitos, se valendo de um aparato organizado de poder a partir de um domínio da organização.

Nessa nova forma de autoria proposta, a qual veremos melhor explicitada abaixo, o executor direto responde como autor do delito, e o mandante, aquele que dá a ordem responde também como autor.

2.3 Autoria direta.

Para Roxin a autoria direta ou individual ocorre quando o agente realiza pessoalmente todos os elementos do tipo penal, neste ponto sendo observado o critério objetivo formal, sendo considerado autor imediato da conduta aquele que pratica o núcleo da ação descrita no tipo penal. Então o autor possui o domínio final do fato.

Esse domínio do fato pode ser compartimentalizado, quando duas ou mais pessoas atuam de forma coordenada para obter o resultado do delito, com unidade de desígnios. Há nesse caso a horizontalidade da autoria conhecido como domínio funcional do fato, havendo coautoria entre os agentes.

2.4 Autoria mediata.

A autoria mediata, caracteriza-se pelo domínio da vontade do autor indireto, ou mandante sobre outrem, aquele que comete o núcleo da ação, se servindo deste para o cometimento e execução do delito.

Desse modo o autor mediato, se utiliza de meios ou subterfúgios para garantir o cometimento do crime por um terceiro intermediário, que com a sua vontade viciada ou dominada, age como um instrumento. Afastada as condições de autoria e dolo, geralmente tende e não responsabilizar o instrumento ou executor imediato. Contudo, quando existe a condição de inevitabilidade da conduta por parte do instrumento, esse pode responder criminalmente como nos casos de coação moral resistível, ordem manifestamente ilegal nos casos de obediência hierárquica bem como hipóteses de domínio do fato mediante um aparato organizado de poder.

Alguns delitos não são alcançados por essa teoria, não sendo admitida a autoria mediata quando; há crimes de mão própria, já que afasta a figura do autor mediato, diante da atuação direta do próprio autor; crimes culposos, pois há ausência da vontade com a produção do resultado; crimes omissivos, que pela sua própria natureza estaria ligada diretamente a uma omissão do autor direto no cometimento do fato; os delitos próprios, por exigirem do autor uma característica especial, que não se estenderia a terceiro.

Claus Roxin, reuniu e distinguiu a autoria mediata em três grupos: a) quando o autor direto está diante de uma coação irresistível; b) quando o autor imediato atua mediante erro ou por indução do autor mediato; e quando o instrumento é utilizado mediante um aparato organizado de poder.

a. Coação: Enquadra-se nessa figura o instrumento que tem a sua vontade retirada mediante grave ameaça do coator de modo que não possa agir diferentemente. A coação necessariamente tem que ser irresistível para que o executor não responda penalmente pela sua conduta. Diante da coação irresistível apenas o coator será responsabilizado, pela aplicação do princípio da responsabilidade.

b. Erro: Valendo-se o autor mediato de sua condição e conhecimento superior, o que é totalmente visível em delitos empresariais e econômicos, enseja a prática de delito pelo instrumento que desprovido de conhecimento de sua prática delitiva, comete o crime. Nessa concepção de Roxin, são abordadas quando o executor age sem dolo, quando age em erro de proibição e quando age sobre pressuposto de estado de necessidade.

Note-se que com relação aos delitos praticados pela pessoa jurídica, diante do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, há perfeita adequação da teoria medita na aplicação da punição tanto das pessoas jurídicas como das pessoas físicas, relacionado que a pessoa jurídica atualmente pode praticar crimes e ainda se utilizar de interposta pessoa, que dentro de sua própria estrutura hierárquica ou colegiada, poderá se utilizar de um outro ente jurídico ou pessoa natural. Esta pode agir mediante coação, ou ameaça ante a um ente jurídico

menor para alcançar alguma vantagem financeira ou administrativa, e também, de mesmo modo, pode induzir outras pessoas jurídicas a erro, diante de sua conduta penalmente punível.

Em continuidade a teoria do domínio do fato, que atualmente se entende perfeitamente cabível e aplicável em âmbito empresarial, Claus Roxin, a partir da análise de da situação ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, com o extermínio de milhões de judeus e também analisando o caso ocorrido na Alemanha dos soldados atiradores do muro, desenvolveu a teoria do domínio da organização, quando o instrumento plenamente responsável age mediante um aparato organizado de poder, que passaremos a melhor analisar abaixo.

3. TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO.

Em desenvolvimento a teoria do delito, especificamente sobre a autoria mediata desenvolvida por Hans Welzel, Claus Roxin aperfeiçoou a teoria para que pudesse ser responsabilizado o chamado ‘homem de trás’, aquele que emite a ordem para cumprimento do delito, se afastando desse, sem que coloque diretamente as suas mãos em ação, e se utiliza de um terceiro, que neste caso pode vir a ser alguém plenamente capaz e responsável pelos seus atos. Assim como a responsabilização da pessoa jurídica causou grande resistência por parte de muitos juristas, a utilização de alguém plenamente responsável como instrumento causou grande resistência a utilização da teoria de Roxin, que com as bases teóricas e estruturantes do seu estudo ganhou relevância e destaque e passou a ser utilizada inicialmente na Europa e posteriormente em vários outros países, incluindo a América Latina.

Doravante, analisaremos a teoria do domínio da organização, os seus requisitos de constituição desenvolvidos por Claus Roxin e o seu uso de forma desvirtuada e equivocada pelo Supremo Tribunal Federal, a ponto de gerar preocupação em grande parte da doutrina brasileira e mundial, à interpretação dada pela Corte. O próprio criador e autor da teoria veio a se manifestar sobre o equívoco da utilização desta, a fim de resguardar a proteção e aplicação indevida aos delitos cometidos em âmbito empresarial.

3.1 Pressupostos do domínio por organização.

Diante da abrangência e repercussão da teoria do domínio do fato, há autores que entendem que diante dos desdobramentos fáticos e teóricos, o domínio da organização passa a ser uma forma independente de autoria mediata. E de acordo com Claus Roxin o domínio por organização se sustem sobre quatro fatores determinantes de atribuição do domínio do fato ao homem de trás da organização; poder de mando; organização estruturada fora do direito; a fungibilidade do executor direto e a disposição elevada dos executores ao fato.

3.2 Poder de mando.

Para ser considerado autor mediato dentro da organização com aparatos de poder é indispensável que este detenha o poder de mando, e possa, desse modo, exercer o seu domínio sobre os executores direto, como por exemplo no caso dos comandantes do campo de concentração nazista, que ordenavam o assassinato de pessoas. Este seria considerado autor mediato mesmo que estivesse cumprindo instrução de seu superior. Desse modo fica evidente que dentro dessa teoria pode existir mais do que um autor mediato em diferentes níveis de hierarquia de mando.

3.3 Organização estruturada fora do direito.

O aparato organizado de poder deve estar desvinculado da ordem jurídica vigente.

Esse se trata de um requisito essencial e diferenciador quando relacionado a delitos de ordem econômica e empresarial. Mesmo que não haja a separação do direito em todos os aspectos, é necessário considerar que quando as decisões e ordens emitidas pelo homem de trás o qual detém a alavanca do poder se afastem da ordem jurídica estabelecida, esse possa responder pela determinação de sua ordem. Citando como exemplo o que ocorreu na Alemanha dentro do Estado Nacional Socialista, muitas das ordens emanadas pelos superiores moveram-se dentro de uma legalidade do ordenamento jurídico vigente. Porém no caso do impedimento de fuga da República através de disparos mortais, ou no caso da “solução final dos judeus” com a sua eliminação nos campos de concentração, estes foram atos absolutamente desvinculadas do direito e da ordem jurídica ante a grave lesão a direitos inerentes a dignidade da pessoa humana e a vida.

Nesse contexto, se no caso dos disparos mortais dos soldados do muro tivessem sido ordenados apenas por alguns funcionários arbitrários, estes atos isolados deveriam ter sido tratados de acordo com as regras da instigação e autoria, portanto, passível de resposta dentro do ordenamento jurídico pela atuação pontual de alguns funcionários. E no caso, os soldados de fronteira poderiam se recusar a se submeter a tal determinação. Nesse sentido também os soldados dos campos nazistas, que se não houvesse um grande aparato sistemático em todas as partes para cumprimento da ordem determinada de eliminação dos judeus, poderiam transgredir e não obedecer à ordem isoladamente emitida.

Assim fica evidente que é indispensável que haja uma desvinculação do direito pelo aparato organizado de poder, para constituir pressuposto necessário para o domínio do fato, com a atuação do homem de trás, que através da sua ordem e instruções pretende garantir o resultado pela amplitude e alcance da emissão da ordem para cumprimento do fato.

3.4 A fungibilidade do executor direto.

A fungibilidade do executor constitui um dos fatores essenciais para o funcionamento da organização por aparato de poder.

A substituição do executor direto de modo a não frustrar a ordem emitida pelo homem de trás que garante a efetivação do resultado, ocorre pelo fato de existir muitos potenciais executores dispostos a cumprir a ordem. De modo que se um se recusa ou existe a perda de um outro executor não será impedida a realização do tipo com a concretização da ordem.

Considerando o fato do executor final possuir domínio da ação, ou seja, podendo agir e efetuar a ordem emitida pelo homem de trás, ou não agir e frustrar essa ordem, em casos de poucos executores poderiam assim desestruturar toda organização do aparato, melhor exemplificando; no caso dos assassinatos do campo de concentração, a morte da vítima poderia ser apenas evitada pela recusa ou inatividade do executor. E no caso dos atiradores do muro de fronteira, se os executores, errassem os disparos de modo grosseiro, ou permitissem que sucedesse fugas rotineiras, tais atitudes levariam a desestruturação do aparato, posto que esta não seria uma organização capaz de funcionar, e a negligência dos soldados tanto de fronteira como do campo de concentração causaria uma pane total na organização falindo a efetividade dessa.

Claus Roxin destaca que tal não funcionamento é muito raro em uma organização criminosa, destacando que no caso de um emprego de um instrumento inculpável ou induzido a erro, é inegável que a tentativa do ato possa vir a falhar no caso concreto, e ao utilizar agentes plenamente capazes e comprometidos com o aparato, havendo a fungibilidade de alguns, o homem de trás tem a certeza do resultado do cumprimento de sua ordem.

Diante da condição de fungibilidade do executor para realização do ato, o autor desenvolveu mais um ponto adicional a esse elemento, que é a disposição essencialmente elevada do executor na prática do fato.

3.5 A disposição elevada dos executores a pratica do fato.

Com os critérios citados acima do poder de mando, desvinculação do direito e a fungibilidade do executor, para a caracterização completa do funcionamento do aparato organizado existe a disposição essencialmente elevada dos executores ao fato.

Em uma situação de aparato organizado de poder, o executor direto está sujeito a diferentes motivações e influências, que se afastam da coação ou do erro, e não afasta ou diminui a sua responsabilidade, mas o torna mais disposto a efetuar o fato.

Suas motivações e influências para cumprir com a ordem emitida do homem de trás possuem as mais variadas motivações, podem partir de um impulso sádico ou mesmo criminoso, um deslumbramento ideológico, a certeza da impunidade dos seus atos, ostentação diante de outros membros da organização, ambição pela carreira dentro do aparato, zelo excessivo para se tornar exemplo e ser reconhecido, isso apenas para exemplificar algumas motivações e influências que poderiam ensejar o cumprimento da ordem do homem de trás pelo executor direto.

Nesse prisma o executor solícito teme, por exemplo, no caso de recusa de cumprir a ordem, a perda da sua posição, o desprezo pelos colegas, e outros prejuízos sociais e organizacionais dentro do aparato.

Muitas são as misturas alternadas dos fatores que motivam ou influenciam o executor direto a se comprometer com aparato organizado de poder, e desse modo fazer com que as ordens do homem de trás alcancem o resultado por este esperada.

4. O USO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal avocou a teria do domínio do fato na ação penal número 470, conhecida como ‘mensalão’, que foi o julgamento mais longo da história do Supremo Tribunal Federal brasileiro. O Acórdão do julgamento constou com 8.405 páginas. Foram necessárias 53 sessões plenárias para o julgar o processo inicialmente contra 40 réus, sendo definitivamente julgados 38 réus. Quando começou a ser julgada, ação contava com 234 volumes e 495 apensos, que perfaziam um total de 50.199 páginas. Ao final do julgamento, dos 38 réus, 25 foram condenados e 12 absolvidos. No corpo da ação foram discutidos os mais variados delitos, desde lavagem de dinheiro, evasão de divisas, peculato e sobretudo corrupção ativa entre outros.

Diante do agigantamento volumétrico do processo, marcamos apontamentos, manifestações e votos dos Ministros julgadores no Acórdão de 8.405 páginas, e acaba por se sobressair o uso equivocado da teoria do domínio da organização e da autoria mediata desenvolvida e aplicada pelos nobres pretores.

Em decisões monstro⁴, tende a ocorrer afastamento entre a fundamentação e a conclusão lógica, posto que o esforço na construção dessa conclusão há de ser cuidadoso, para que não haja um afastamento lógico entre o que foi fundamentado e o que é decidido.

⁴ Expressão utilizada pelo professor Luiz Greco/Alaor Leite no artigo: A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. Observações sobre as formas de

Diante da impossibilidade ou da dificuldade de ser identificar uma linha argumentativa clara, prejudicando a *ratio decidendi*, a compreensão da decisão não se dará mais por uma forma lógica, e sim por retóricas ou em superficiais apelos perdendo-se a estrutura e a construção que deveria haver entre o discurso da fundamentação e o resultado obtido na decisão. Assim há o afastamento da utilização da lógica argumentativa, se aproximando da fundamentação retórica, para fundamentar determinado caso de decisões em processos extremamente volumosos, como a ação penal 470, deixa de convencer por meio de razões logicamente apreensíveis e tentam convencer com efeito retórico emocional. (GRECO, p. 6)⁵

Considerando o uso da retórica emocional, fica destacado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro a recepção da teoria alemã, mesmo desconsiderando que a ordem jurídica nacional não possui as mesmas condições estruturantes que permitiram as bases de desenvolvimento da teoria na Alemanha, gerando um transplante problemático abarcado pelos efeitos e apelos retóricos de alguns Ministros.

Notadamente a utilização das teorias do domínio do fato e da organização foi o argumento retórico utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para buscar a responsabilidade penal dos sujeitos em posição de comando, e não a preocupação em definir a qualidade de instigador ou de autor mediato de um fato punível, sendo esta a verdadeira natureza da teoria. Em desrespeito ao marco teórico formulado pelo estudo alemão, tratou apenas da sua utilização na qualidade de buscar quem seria por esta punido.

A hipótese que se sobressai da tentativa do Supremo Tribunal Federal em utilizar a teoria do domínio do fato e do domínio da organização, é que ao invés de utilizar a teoria em si, estavam se referindo na verdade uma fundamentação na posição de ‘garante’ nos casos dos delitos de omissão imprópria, notando que, na decisão não há referências a ordens concretas emitidas pelo suposto homem de trás da organização.

Assim quando Supremo Tribunal Federal falava em teoria do domínio do fato ou do domínio da organização, estava por se referir a uma posição de garantidor das pessoas de comando. Tentando encontrar um modo de responsabilizar quem estava na posição de administrador do negócio. Mesmo diante da confusão terminológica dos institutos da teoria do domínio do fato, teoria do domínio da organização e de uma posição de garantidor ou administrador do negócio, deveria ser analisado os aspectos da omissão e da relação de causalidade do administrador ou pessoa em posição de comando, para alcançar resultado, e

intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”), ZIS 7-8/2015, p. 386.

⁵ Idem, ibidem, p. 387.

ainda possibilidade da ação ter sido possível à figura do autor, para que pudesse responder como autor mediato, conforme indicado no Artigo 13, § 2º do Código Penal.

Mas com isso também não se preocupou o Tribunal, sendo que houve dúvida até mesmo junto a figura do dolo dentro da decisão, destacando que em muitos momentos pode se perceber apenas presunção de autoria explícita nos votos de alguns Ministros. E a presunção de autoria não seria suficiente para condenar alguém diante de lesão ao princípio da legalidade.

Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. (...) ⁶.

Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador. (...) ⁷.

Diante da presunção da autoria, do ‘dever saber’ da realização dos fatos delitivos, os acusados em posição de destaque que ocupavam cargos com elevada posição, foram condenados pelos delitos em sua modalidade comissiva.

A teoria do domínio do fato e do domínio da organização tal como foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro não foi para determinar se alguém era autor ou partícipe do delito, mas com relação as figuras que ocupavam posições de destaque no governo, no partido do governo e nas empresas envolvidas foi tão somente utilizada para fundamentar uma punição por um delito comissivo doloso. Foi mitigado uma identificação devida e específica de suas atuações com ação ou omissão ou até de um conhecimento dos fatos.

A pretexto, pelo fato da posição dos seus cargos, não houve a necessidade de comprovar o dolo ou a existência de uma omissão em um comportamento concreto, simplesmente por ocupar uma posição de destaque ⁸ conforme Luís Greco (2014, p.41.)

Homicídio é «matar alguém» (art. 121, caput, CP), furto é «subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel» (art. 155, CP). Ocupar uma posição de destaque ou mesmo de comando em um grupo em que uma pessoa plena mente responsável pratica uma dessas condutas não faz de ninguém, por si só, autor dessas condutas. Aliás, tal não é o caso nem mesmo com base na leitura tradicional do art. 29, caput, CP: ter uma posição de comando não significa, necessariamente, concorrer, causar o fato. Confirmando o que dissemos, que a teoria do domínio do fato é, no geral, não mais

⁶ Voto Ministra Rosa Weber cf. AP 470/STF, p. 52.775-52.776.

⁷ Voto Ministra Rosa Weber cf. AP 470/STF, p. 52.777.

⁸ Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro / Luís Greco ... [et alii]. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014. (Direito Penal e Criminologia). Pag. 41.

extensiva e sim mais restritiva que o conceito extensivo de autor em que se baseia o art. 29, caput, CP, aqui só será possível falar em autoria se o chefe de um grupo emite uma ordem dentro de uma estrutura que atenda aos requisitos do domínio da organização (estrutura verticalizada, dissociação do direito, fungibilidade do executor, supra 3.2.), ou da coautoria (decisão comum, contribuição relevante [na fase de execução?]).

Destarte, mesmo considerado toda confusão terminológica das teorias, e a tentativa da utilização da responsabilidade do administrador pela sua posição de comando, a decisão do Supremo Tribunal brasileiro fatalmente esbarrou com a dificuldade de provar os mandos ou desmandos dos envolvidos em cargos mais elevados, lançando mão da teoria do domínio do fato e da organização somente para alcançar aqueles que entenderam como autores.

Nesse sentido, colaciona votos e manifestações de alguns Ministros com relação a ausência de provas para efetiva condenação de alguns dos réus.

Incapaz, portanto, de comprovar as acusações lançadas contra JOSÉ DIRCEU, o Ministério Público recorre, num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada “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 de 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 pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém.

Não quero dizer com isso que tal teoria não tenha espaço em situações especialíssimas, como na hipótese de sofisticadas organizações criminosas, privadas ou estatais. (...) ⁹

Ainda, nesse sentido;

Cabe insistir na observação de que a mera invocação da teoria do domínio do fato não basta, só por si, para exonerar o Ministério Público do gravíssimo ônus de comprovar, para além de qualquer dúvida razoável, e sempre com apoio em prova idônea, lícitamente produzida sob a égide do contraditório, a culpabilidade do réu, pois – nunca é demais reafirmá-lo – o princípio do estado de inocência, em nosso ordenamento jurídico, qualifica-se, constitucionalmente, como insuprimível direito fundamental de qualquer pessoa, que jamais se presumirá culpada em face de acusação penal contra ela formulada, tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado (...) ¹⁰

Também;

Por fim, a despeito das observações do Ministro Revisor, observo que a teoria do domínio do fato não constitui uma retórica argumentativa estrangeira para abarcar situações carentes de prova ou justificativa para elastecer o conceito de autoria. (...) ¹¹

⁹ Voto Ministro Ricardo Lewandowski cf. AP 470/STF, p. 56.656.

¹⁰ Manifestação do Ministro Celso de Mello cf. AP 470/STF, p. 56.819.

¹¹ Voto do Ministro Gilmar Mendes cf. AP 470/STF, p. 56.771.

A doutrina não se manifestou de forma diferente com relação a ausência de provas e construções teóricas argumentativas do uso da teoria alemã, conforme (LEITE, 2014, p.123)¹².

Não se logrou comprovar efetivamente o comando dado pelos acusados que ocupavam uma posição de destaque, qualificando a sua contribuição ativa. Porém os Ministros puderam se convencer de que as organizações foram chefiadas pelos acusados, que concorreram para o esquema corruptivo e lançaram mão da teoria como fundamento suficiente para punição, criando uma espécie de condenação pelo ‘domínio da posição’.

O que significa ser entendido pela Suprema Corte brasileira que domínio do fato, do modo que foi interpretado, desvirtuando totalmente a teoria e os conceitos constitutivos dela, como um meio de punir um autor de um delito comissivo doloso, sem comprovação da ação ou omissão concretas, baseando-se em um ‘dever saber’ apenas pela sua posição de liderança e destaque em determinada organização.

Mesmo que se cometa fatos puníveis dentro de uma determinada organização ou empresa, não é razão suficiente para a imputação desses delitos a quem simplesmente possui uma posição de comando, o que pode causar instabilidade dentro de um sistema jurídico, diante de um precedente que desvirtua a teoria alemã do domínio do fato e domínio da organização, além de flagrante irregularidade diante do princípio da legalidade.

5. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NOS DELITOS EMPRESARIAIS.

Pelo que se pode abstrair no caso do uso da teoria do domínio do fato e do domínio da organização na decisão da ação penal 470 do Supremo Tribunal Federal, é que não se logrou comprovar efetivamente a emissão da ordem dada pelos condenados que ocupavam elevada posição hierárquica, bastando um ‘dever saber’ para serem considerados culpados.

Esse posicionamento foi adotado pela maioria dos Ministros e foi indicado com preocupação no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, conforme destacamos:

É isto que nós precisamos assentar com muita clareza: quando é que essa teoria pode e deve ser utilizada?

Então é isso, eminente Decano, sem querer divergir de Vossa Excelência, quero apenas expressar essa minha preocupação, que foi a preocupação do próprio Claus Roxin, porque, se essa teoria for aplicada sem nenhum temperamento, amanhã, por exemplo, o presidente da Petrobrás poderá ser responsabilizado por um vazamento numa plataforma de petróleo, porque teoricamente ele tinha o Domínio do Fato; ou

¹² No caso Mensalão (AP 470/STF), julgado pela Corte Suprema brasileira, os Ministros fizeram um esforço no sentido de buscar legitimidade científica para os respectivos votos, não se preocupando com as precisões técnicas contidas na formulação teórica de ROXIN.

um chefe de redação ser responsabilizado por um artigo, que algum jornalista publique, ofensivo a algum cidadão; e assim por diante, os exemplos seriam múltiplos. Então é muito importante, eminente Decano, eu quero expressar, mais uma vez, a minha preocupação com relação à possível banalização dessa teoria e a aplicação que será feita não apenas pelos juízes brasileiros, mas também, por membros do Ministério Público¹³.

Pela lógica aplicada a teoria entendida pelo Supremo Tribunal Federal, bastaria ser presidente de uma empresa, para obrigatoriamente saber o que ocorre em todos os escalões abaixo da ordem hierárquica. Assim, se algum colaborador ou subalterno comete determinado delito, pelo fato da posição elevada na hierarquia o presidente ou superior, poderia responder simplesmente pelo fato de sua posição. Criou-se assim a condenação independente de comprovação da ação ou de emissão de ordem, do superior através de um ‘domínio da posição’.

Nesse contexto afastou-se enormemente do uso da teoria e suas condições estruturantes, que em simples análise de seus pressupostos ensejariam obste a sua aplicação.

Analisando a teoria do domínio da organização e aparatos organizados de poder, tal como foi exposto acima, vemos os seus pressupostos basilares, sendo eles: o poder de mando, estrutura organizada fora do direito, fungibilidade do autor imediato e elevada disposição do autor imediato na prática do fato. Portanto, esses quatro pressupostos que vinculam a ocorrência do domínio por organização devem existir conjuntamente, tanto no caso de criminalidade organizada, como no caso de delitos empresariais.

No caso da criminalidade organizada dependendo do grau de alcance da organização é possível, mais facilmente aplicar a teoria domínio da organização com aparatos organizados de poder. Podemos citar como exemplo o caso do Primeiro Comando da Capital, o qual existe uma estrutura criminalmente montada com a identificação de alguns superiores hierárquicos nessa organização que possuem o poder de mando, e quando emitem a ordem para o cometimento de delitos, pela própria estrutura hierarquizada e organizada, terá a certeza do resultado do cumprimento dessa ordem, sendo considerado a fungibilidade do autor, posto que indiferente de quem vai dar cabo à ordem essa organização criminal dispõe de muitos executores dispostos e comprometidos a cumprir com o determinado, desse modo fechando os quatro pressupostos que fundamentam a teoria, poder de mando, organização estruturada fora do direito com fim específico de cometer delitos, fungibilidade dos executores imediatos e a sua elevada disposição ao cometimento do crime.

Já nos casos empresariais resta demasiadamente difícil a conjunção dos quatro pressupostos, mesmo considerando o poder de mando por parte do superior ou diretor. A

¹³ Voto Ministro Ricardo Lewandowski cf. AP 470/STF, p. 56.817.

empresa, pessoa jurídica, dificilmente se desvincularia totalmente da ordem jurídica vigente para poder atuar cometendo delitos, podendo assim ser responsabilizada dentro de um sistema jurídico sem a necessidade de utilização da citada teoria. De igual modo fica longínquo a possibilidade da fungibilidade e da elevada disposição do autor imediato em efetuar o crime através da emissão da ordem emitida pelo homem de trás, considerando que em um âmbito empresarial saber-se-á efetivamente qual seria o agente que ficaria a cargo de cumprir a ordem emitida, ou essa ordem seria direcionada a uma pessoa específica, podendo existir até um número limitado de agentes sujeitos ao cumprimento da ordem emitida, comprometendo os requisitos da fungibilidade. E quanto à elevada disposição do autor imediato em cumprir com a determinação, ciente de que este comando resultará prejuízos de ordem financeira, social e moral, não é de se esperar que exija o seu comprometimento com a ordem emitida pelo superior hierárquico, agindo este por sua conta e risco e possível responsabilização penal como coautor, ou participe, dependendo de como se dará a sua atuação.

Assim, não agiu devidamente o Supremo Tribunal Federal em avocar a teoria do domínio do fato e da organização para legitimar o seu posicionamento retórico e alcançar os superiores hierárquicos e pessoas de posição elevada e de destaque em determinada empresa ou órgão, no caso do julgamento da ação penal 470 citada acima, merecendo maiores cuidados, doravante, o uso desse entendimento para que não venha a se propagar em nosso ordenamento a condenação a partir da figura do ‘domínio da posição’.

Em contrapartida, agiu bem o Supremo Tribunal Federal no julgamento de Recurso Extraordinário 584.181 em atendimento ao disposto no artigo 225 § 3º da Constituição Federal que definiu a responsabilização de pessoa jurídica independente de responsabilização da pessoa física, possibilitando uma resposta penal mais adequada e moderna.

6. CONCLUSÃO.

A Constituição Federal de 1988, previu em seu artigo 225, § 3º, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. O dispositivo constitucional se materializou na lei ordinária nº 9.605/98, que tratou do cometimento dos delitos ambientais com relação às pessoas físicas e jurídicas. Diante de todo o impasse e críticas no mundo jurídico, o Recurso Extraordinário nº 548.181, julgado pelo Supremo, colocou fim à discussão e a entendimentos duvidosos e tornou evidente a vontade do constituinte em responsabilizar penalmente o ente moral.

Embora expresso no texto constitucional, evidenciado em Lei Ordinária e com aplicação vigente e atual pelo superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, o

tema de responsabilização da pessoa jurídica ainda não é totalmente aceito por alguns juristas que se prendem a teoria clássica do delito. Entre seus argumentos, prepondera o fato da pessoa jurídica ser desprovida de vontade e em um plano jurídico penal de culpabilidade, esta não poderia ser passível de responsabilização.

Em que pese os argumentos contrários, o texto constitucional é claro direto e objetivo ao tratar da sua direção em responsabilização do ente jurídico, sendo o seu posicionamento incontestavelmente constitucional diante de sua posição atual.

Não se pode, todavia, deixar de argumentar a respeito da necessária evolução da teoria do delito, em especial a teoria sobre a autoria.

Demonstramos no presente trabalho uma necessária evolução dessa teoria, inicialmente criada por Welzel, e sua evolução e por Claus Roxin, que se atentando para a necessidade da situação presente na Alemanha aperfeiçoou a teoria do domínio do fato, ampliando-a, para dar uma resposta penal adequada, responsabilizando o homem de trás, aquele que emite as ordens, sem, contudo, efetuar a conduta do tipo. Em ampliação a sua teoria do domínio do fato, surgiu uma vertente, chamada de teoria do domínio da organização com aparatos organizados de poder. Para aplicação da teoria do domínio da organização o seu criador desenvolveu e a estruturou em quatro pilares essenciais; poder de mando, organização estruturada fora do direito, fungibilidade do autor imediato em elevada disposição do autor imediato no cometimento do fato. Claus Roxin deixou evidente e indispensável a condição de utilização dos quatro pressupostos para aplicar devidamente a sua teoria. E atualmente o jurista tem demonstrado preocupação com a utilização sem limites da sua tese, sem a devida análise e cuidado com os pressupostos instituídos.

Nesse contexto destacamos o julgamento da ação penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal, que ao fazer uso da teoria do domínio do fato de forma equivocada e sem o devido cuidado na análise dos pressupostos, acabou por instituir uma espécie diferenciada de condenação pelo ‘domínio da posição’.

Assim, com o objetivo de evitar a aplicação desvirtuada da teoria da organização com aparatos organizados de poder, atentando-se aos seus pressupostos constitutivos, e evitar também uma aplicação do precedente do domínio da posição também em delitos empresariais, concluímos pela impossibilidade do uso dessa teoria na responsabilização penal da pessoa jurídica pela difícil constatação do preenchimento dos seus pressupostos estruturantes.

REFERÊNCIAS.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20^a. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04/04/2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 08. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Penal 470/MG. Relator: MINISTRO Joaquim Barbosa. Publicado no DJ de 17/12/2012. Inteiro teor do Acórdão disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 04/04/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº548181/PR. Relatora: MINISTRA Rosa Weber. Publicado no DJ de 30/10/2014. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=273427698&ext=.pdf>>. Acesso em: 04/04/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso em Mandado de Segurança nº16696/PR. Relator: MINISTRO Hamilton Carvalhido. Publicado no DJ de 13/03/2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2237356&num_registro=200301136144&data=20060313&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04/04/2019.

GRECO, Luís. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1. ed. - São Paulo: marcial Pons, 2014.

_____, LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito penal**. In: GRECO, Luís (et alii) *Autoria como domínio do*

fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____, TEIXEIRA, Adriano. **Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no Direito penal brasileiro**. In: GRECO, Luís (et alii) *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____, LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro. Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”), ZIS 7-8/2015, p. 389.

MIR PUIG, S. **Derecho Penal – Parte General**. 9ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal, Parte General**. 5 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

PRADO, Luís Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. vol 1, editora. RT, 17º ed. SP. 2017.

ROXIN, Claus. **Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate**. In: Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 1963.

_____. **Autoría y dominio del hecho en Derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. **Observações sobre a decisão da Corte Suprema Peruana no Caso Fujimori**. In: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Trad. Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, J. **A expansão do Direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio O. Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 11^a ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.