

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Cristina Cearon

COMPLIANCE COMO CRITÉRIO DE DETERMINAÇÃO DE AUTORIA

Porto Alegre
2017

CRISTINA CEARON

COMPLIANCE COMO CRITÉRIO DE DETERMINAÇÃO DE AUTORIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção de grau de Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen.

Porto Alegre

2017

CRISTINA CEARON

COMPLIANCE COMO CRITÉRIO DE DETERMINAÇÃO DE AUTORIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção de grau de Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos

Professor orientador: Dr. Pablo Rodrigo Alflen

Aprovada em _____ de _____ de 2017.

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen.
Orientador

Dedico este estudo à Dona Diva, minha mãe,
exemplo de resiliência.

Agradeço

Primeiramente, a Ieschouah, o amor de Deus
que está em tudo e em todas as coisas, inclusive em mim e nos meus estudos;

Ao estimado professor Dr. Pablo Alflen,
pela inspiração;

Aos meus queridos colegas,
pelas boas conversas e sem os quais esse trabalho não seria finalizado.

RESUMO

O conteúdo do presente estudo visa esclarecer a possibilidade de se utilizar as políticas de *compliance* implementadas nas empresas para determinar a autoria nos casos de crimes cometidos em ambientes corporativos. O método utilizado é a pesquisa bibliográfica e análise da jurisprudência e legislação. Primeiramente faz-se uma apresentação dos tipos de injusto e dos aspectos da culpabilidade, característica inseparável à condição de autor. Na sequência, realiza-se uma explanação sobre as teorias acerca do concurso de pessoas, em especial a teoria do domínio do fato, desenvolvida pela doutrina germânica. Posteriormente, apresenta-se levantamento doutrinário acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, como é vista pela jurisprudência e as práticas de *compliance* que visam mitigar os riscos de incidência de crime no âmbito empresarial. Por derradeiro, chega-se à conclusão, que a simples aplicação das políticas de *compliance* não pode servir como critério de autoria de delito praticado por meio de pessoas jurídicas, por não se adequar ao elemento subjetivo do dolo ou culpa do agente na conduta delitativa que causou lesão ao bem jurídico, que deve ser observado no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal; autoria; *compliance*; teoria do domínio do fato.

ABSTRACT

The content of this study aims to clarify the possibility of using compliance policies implemented in companies to determine authorship in cases of crimes committed in corporate environments. The method used is bibliographic research and analysis of jurisprudence and legislation. Firstly, a presentation is made of the types of wrongful acts and aspects of culpability, an inseparable characteristic of the author. Secondly, an explanation is made about the theories about the contest of people, especially the theory of the domain of the fact, developed by the German doctrine. Subsequently, a doctrinal research is presented on criminal liability of legal entities, and how it is applied by jurisprudence and compliance practices that aim to mitigate the risk of crime in the business sphere. Finally, it is concluded that the simple application of compliance policies can not serve as a criterion for authorship of a crime committed through legal entities, because it does not fit to the subjective element of the intention or fault of the agent in the delinquent conduct that caused damage to the legal asset, which must be observed in the concrete case.

KEYWORDS: criminal law; authorship; Compliance; theory of domain of the fact.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TIPOS DE INJUSTO E CULPABILIDADE	13
2.1 INJUSTO CULPOSO	13
2.1.1 Definição e elementos.....	13
2.1.2 Modalidades de culpa	15
2.1.3 Espécies de culpa	16
2.1.4 Concorrência e concurso de pessoas em crime culposos	18
2.2 INJUSTO DOLOSO	18
2.2.1 Tipo objetivo	18
2.2.2 Tipo subjetivo	20
2.3 CULPABILIDADE	22
2.3.1 Teoria Psicológica.....	23
2.3.2 Teoria Psicológico-normativa	24
2.3.3 Teoria normativa	25
2.3.4 Exculpantes	26
2.4 IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS E ATRIBUIÇÃO DE AUTORIA	28
3 CONCURSO DE PESSOAS E TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	30
3.1 CONCURSO DE PESSOAS	30
3.1.1 Anotações introdutórias	30
3.1.2 Teorias sobre o concurso de pessoas	32
3.1.3 Participação	33
3.2 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO	35
3.2.1 Domínio final do fato na ideia de Welzel	36
3.2.2 Domínio do fato na concepção funcionalista-normativista de Roxin.....	38
3.2.2.1 Domínio da ação – autoria direta	38
3.2.2.2 Domínio funcional – coautoria	39
3.2.2.3 Domínio da vontade – autoria mediata.....	40
3.2.3 Domínio do fato e o sistema penal brasileiro	44
4 PESSOA JURÍDICA E DETERMINAÇÃO DE AUTORIA	47
4.1 RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS	47
4.2 COMPLIANCE	51

4.3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM CRIMES COMETIDOS POR MEIO DE EMPRESAS	55
5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....	60
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

A determinação da autoria no ilícito penal é uma das tarefas mais complexas. A aplicação dos institutos jurídico-penais aos casos concretos supõe uma ampla margem de discricionariedade, seja por força dos elementos normativos que os compõem, seja por força dos critérios que norteiam sua concretização, de tal modo que, por vezes, identificar e diferenciar suas formas é tarefa hercúlea. Tal fator é percebido de forma singular no tocante ao instituto da autoria.

Nosso Código Penal, em seu artigo 29, com redação dada pela Lei 7.209, de 1984, reconhece diferentes formas de autoria do mesmo crime, sujeitos à mesma pena, porém a diferenciação, para fins de efetiva punição, é determinada de maneira subjetiva, observado o caso concreto.

A culpabilidade, critério para atribuir uma pena ao ilícito penal, justamente por seus critérios normativos, admite ampla margem de subjetividade por parte de quem julga. O aplicador da lei está inserido em um contexto social e sua postura depende do momento histórico no qual se encontra. Por vezes, a letra fria da lei sofre alterações de interpretação à medida que a sociedade se modifica. Principalmente nos casos em que a norma já deixa um espaço a ser preenchido pelo caso concreto, como é o caso do *caput* do art. 29.

Aderlan Crespo cita Juarez Cirino Santos para afirmar que não existem teorias sólidas quando se trata de teoria geral do delito, adverte que o atual conceito normativo de culpabilidade é o produto inacabado de mais de um século de controvérsia sobre a sua estrutura, que começa com o conceito psicológico do século XIX, evolui para conceito psicológico-normativo no início do século XX, transforma-se em conceito normativo puro durante o século XX e, na passagem para o século XXI, parece em crise insuperável¹.

O jurista destaca no histórico teórico sobre a culpabilidade três relevantes teorias: a) a *teoria psicológica*, cujo principal representante foi Von Liszt, onde a

¹ SANTOS, Juarez Cirino, *apud* CRESPO, Aderlan, *Curso de criminologia: as relações políticas e jurídicas sobre o crime*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pag. 87.

culpabilidade vincula o sujeito ao fato praticado de acordo com sua intenção em atingir o resultado; b) a *teoria psicológica-normativa*, que incluiu o conceito de reprovação na culpabilidade, que, desta forma, torna-se também uma questão de valoração social do fato (os nomes mais relevantes foram Reinhard Frank, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal); e c) a *teoria normativa-pura*, representada por Welzel, que propôs o deslocamento da subjetividade para a conduta, mantendo a reprovabilidade no campo da culpabilidade, ou seja, a reprovação deveria ser discriminada na própria norma, não pelo julgador. Primeiramente, é necessário constatar o injusto penal para depois identificar a exigência de agir em conformidade com o Direito, que deve ser papel exclusivo da culpabilidade².

No sistema penal brasileiro, quando se trata de concurso de pessoas, a determinação do grau de culpabilidade é crucial para mensuração da pena³. Mas, e quando, apesar de haver diversos “autores” identificados na prática do ilícito, não se pode diferenciar meros partícipes dos reais donos da ação?

Quando a prática de um ilícito ocorre em uma organização empresarial, por exemplo, onde cada funcionário exerce uma função, sem tomar conhecimento das funções dos outros e sem vislumbrar o resultado final, pode ser difícil identificar em que momento uma atividade empresarial comum passa a se tornar um crime.

Visando identificar e combater esse tipo de prática no seio da empresa, as pessoas jurídicas têm adotado um sistema de *compliance*, que rege cada fase dos procedimentos internos para mitigar eventuais desvios de conduta, bem como problemas jurídicos e de imagem. O termo vem do verbo inglês *to comply*, que significa estar de acordo com uma regra. Desta forma, estar em *compliance* significa

² CRESPO, Aderlan, *Curso de criminologia: as relações políticas e jurídicas sobre o crime*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 88-89. A teoria finalista de Welzel será posteriormente retomada quando tratarmos efetivamente das teorias do dolo.

³ Podemos descrever o sistema penal brasileiro como *sistema unitário funcional*, teoria de Kienapfel, ou *unitário reduzido*, cuja teoria foi desenvolvida por Burgstaller na década de 1970. Sobre isso, ver ALFLEN, Pablo Rodrigo, *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 58-59.

estar em conformidade com os regulamentos internos e externos, e com as leis, é claro⁴.

No Brasil, a preocupação empresarial com o cumprimento de normas, gerando a necessidade de controladorias internas, é recente, porque a responsabilidade penal das pessoas jurídicas era restrita à esfera ambiental. Começou no setor bancário e hoje atinge diversas outras áreas, onde foi preciso criar departamentos que consigam evitar crises institucionais e de imagem. Com o surgimento das novas regras na lei de prevenção e combate à lavagem de dinheiro⁵, foi ficando mais evidente a necessidade de implementação de políticas de *compliance*⁶.

Será a *compliance* um critério razoável para atribuição de autoria do injusto penal cometido em ambiente corporativo?

O presente trabalho visa esclarecer a maneira que a doutrina vislumbra esta questão da autoria e o concurso de pessoas no ilícito penal, também falar um pouco sobre as teorias da culpabilidade, e como o sistema penal brasileiro adota determinados critérios para atribuir a pena à conduta punível.

Para atingir este objetivo, foi realizada a pesquisa de diversos autores brasileiros, por vezes com referências a outros estrangeiros, em especial, aos autores alemães no que se refere às teorias de direito penal.

A intenção é descrever as diversas teorias de culpabilidade ao longo do tempo, determinar qual está de acordo com o atual sistema penal brasileiro, descrever os conceitos de autoria, coautoria e participação e quais as adotadas por nossos legisladores e jurisprudência.

⁴ LIRA, Michael Pereira de. *O que é compliance e como o profissional da área deve atuar*. Disponível em <https://michaellira.jusbrasil.com.br/artigos/112396364/o-que-e-compliance-e-como-o-profissional-da-area-deve-atuar>. Acesso em 03mar2017.

⁵ Lei 9.613/1998, alterada pela Lei 12.683/2012

⁶ BOTTINI, Pierpaulo Cruz. *O que é compliance no âmbito do Direito Penal?*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Acesso em 03mar2017.

Outro assunto que pretende tratar é sobre a *teoria do domínio do fato*, que está em voga devido à sua inserção no contexto penal brasileiro em algumas decisões proferidas em acórdãos de Tribunais de Justiça e, em especial, na Ação Penal 470, julgada pelo STF⁷.

Desdobramento da teoria supra, está a questão da autoria mediata por domínio de aparato organizado de poder, de onde se tira a ideia de elucidar o sistema de *compliance* – apresentando seu conceito e de outros processos de governança empresarial, em especial o de auditoria interna –, e verificar se é possível adotá-lo como parâmetro para determinação de autoria.

⁷ Trata-se da Ação Penal julgada em única instância pelo STF em 2012, que desvelou um imenso esquema de corrupção na mais alta esfera administrativa do país, onde 38 réus foram julgados por diversos crimes, entre os quais, formação de quadrilha, corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

2 TIPOS DE INJUSTO E CULPABILIDADE

Pretende-se tratar, aqui, de crimes cometidos por mais de um participante, em especial cometidos em ambiente corporativo ou estruturas semelhantes, onde há certa organização de tarefas, onde existe controle das ações de subordinados por supervisores, que, por sua vez, também são comandados por alguém hierarquicamente superior e, assim sucessivamente até o controle total do grupo, que pode ser gerido por um pequeno número de sócios, ou até mesmo um único indivíduo. Trata-se aqui não só de pequenas sociedades como também de milhares de empregados de uma grande pessoa jurídica. Claro que esta organização não precisa, necessariamente, ser lícita, justamente porque estamos tratando de injusto penal. Tendo em vista o que conhecemos pelos meios de comunicação, existem organizações criminosas extremamente organizadas.

De início, é necessário verificar quais os injustos que podem ser abrangidos no contexto que estudaremos a seguir. Falamos aqui da divisão clássica de injusto doloso comissivo ou omissivo e injusto culposo. E, no concurso de pessoas, determinar a medida da culpabilidade é imprescindível, por este motivo é necessária uma breve explanação sobre algumas teorias de culpabilidade.

2.1 INJUSTO CULPOSO

Embora nos crimes com concurso de autores não haja muito o que se dizer na modalidade culposa, faz-se necessário uma boa descrição dos seus elementos, modalidades, espécies, para posteriormente, quando se falar de autoria mediata, termos em mente a conduta do executor, do instrumento da ação delituosa, e podermos enquadrá-la na devida categoria a que pertence, o que por vezes a coloca no tipo culposo de delito.

2.1.1 Definição e elementos

Tem-se por *culpa* a inobservância do dever de cuidado, manifestada em conduta, que produz um resultado indesejado, embora previsível. No injusto culposo, a conduta mal dirigida, destinada a fim normalmente lícito, é que é punida, pois

ocorre uma divergência entre a ação que deveria ter sido realizada e a que realmente foi executada, por ocorrência da falta de observância do dever de cuidado objetivo⁸.

A tipicidade do delito culposo deriva da realização de uma conduta não diligente que acaba por causar lesão ou perigo a um bem jurídico tutelado pelo direito penal. No campo da tipicidade, analisa-se apenas objetivamente, se o indivíduo agiu com o devido cuidado exigível nas condições daquele caso concreto, naquele exato instante.

Embora típica, a conduta culposa não é necessariamente antijurídica, uma vez que pode encontrar refúgio em uma *excludente de antijuridicidade*, como o estado de necessidade, por exemplo.

Já o questionamento sobre as condições do agente, ou seja, se, no caso concreto, poderia o autor ter agido de forma diversa, será analisado no campo da culpabilidade⁹.

No que se refere aos elementos da conduta culposa, elencam-se quatro, a saber:

a) *inobservância do cuidado objetivo devido* – lembrando que este dever de cuidado se dirige a todos os membros da sociedade, indistintamente, pois não se pode viver com a constante desconfiança de que nosso semelhante agirá de maneira diversa do esperado, sem prudência e inteligência suficientes para conviver harmonicamente em ambiente coletivo. Este é o que se pode chamar de princípio da confiança¹⁰;

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.270 e ss.

⁹ Como rege a doutrina, pela ordem, deve-se analisar, primeiramente, se a conduta é típica, em seguida se é antijurídica e, por último se o agente é culpável. Esses são os três pressupostos do crime e da pena, por consequência. Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.331.

¹⁰ O princípio da confiança funda-se na premissa de que todos devem esperar que as outras pessoas sejam responsáveis e atuem de acordo com as normas da sociedade, visando evitar danos a terceiros. Nesse sentido, CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal I*. 16. ed. São Paulo: Editora

b) *produção de um resultado e um nexó causal* – o que significa que a lesão ao bem jurídico tutelado deve decorrer diretamente da falta do devido cuidado. Se houver todo o cuidado devido, e mesmo assim, ocorrer o resultado, não há de se falar em culpa do agente¹¹;

c) *previsibilidade objetiva do resultado* – por óbvio, se o resultado não puder ser previsto a partir da conduta do agente, trata-se de caso fortuito, não incidindo culpa. Esclarecendo que essa previsibilidade é objetiva, não podendo o indivíduo alegar não ter previsto o resultado para se eximir da culpa. A previsão subjetiva serve apenas para diferenciar a culpa consciente da inconsciente¹²;

d) *conexão interna entre o desvalor da ação e do resultado* – como explicado anteriormente, sem o resultado, não se pode falar em crime culposos.

2.1.2 Modalidades de culpa

a) *Imprudência*: trata-se de conduta comissiva (*culpa in committendo*) perigosa ou arriscada aos olhos da pessoa comum. Trata-se de um comportamento precipitado, sem que haja a devida atenção às consequências. Clássico exemplo disso são os delitos de trânsito, a ultrapassagem proibida é um deles.

b) *Negligência*: quem negligencia, age com displicência ao não tomar as devidas precauções (*culpa in ommittendo*). É o não fazer o que se devia ter feito. Uma omissão aos deveres que as circunstâncias exigem¹³. Pode-se dizer que um motorista é negligente quando não coloca a criança na cadeirinha, sabendo que deve. Ou quando o gerente de uma empresa defere a celebração de um contrato de crédito sem analisar devidamente os riscos da operação, a qualificação do devedor e as garantias oferecidas, autorizando crédito a um estelionatário, gerando prejuízo à empresa.

Saraiva, 2012. E também BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004 p. 274.

¹¹ COSTA, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 277.

¹³ TAVARES, Juarez. *Direito Penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

c) *Imperícia*: nas palavras de Bitencourt:

Imperícia é a falta de capacidade, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício da arte, profissão ou ofício. A inabilidade para o desempenho de determinada atividade fora do campo profissional ou técnico tem sido considerada na modalidade de culpa imprudente ou negligente, conforme o caso¹⁴.

O mesmo autor ressalta a diferença entre imperícia e erro profissional, afirmando que o erro profissional é escusável, justificável, e, normalmente imprevisível, já que não decorre de má aplicação de regras e princípios da profissão.

2.1.3 Espécies de culpa

Na prática, a diferença entre duas espécies de culpa, a saber, culpa consciente e culpa inconsciente, é difícil de identificar, e seu efeito na aplicação da pena, na letra fria da lei, não existe. O que se pode levar em consideração, caso seja possível caracterizar uma ou outra, é, na dosimetria da pena, o julgador ser mais ameno quando se tratar de culpa inconsciente¹⁵.

A principal diferença consiste na previsão do risco. Note-se que não se fala de previsibilidade, e, sim, da previsão do agente, nas circunstâncias no caso concreto, do risco da lesão ao bem jurídico tutelado. Como se trata de injusto culposo, a previsibilidade objetiva está presente, visto que, um é dos seus elementos.

O que diferencia a culpa consciente é a previsão subjetiva do risco da conduta. Na culpa consciente, o agente sabe do risco, mas, ao agir arriscadamente - por imprudência, negligência ou imperícia -, acredita que, por sorte, ou por suas habilidades individuais, conseguirá evitar o resultado. Voltando aos exemplos do trânsito, é o caso do motorista que bebeu e, mesmo sabendo das limitações de reflexo que o consumo de álcool causa na direção, deseja voltar dirigindo para casa,

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 280.

¹⁵ Bitencourt, na mesma página citada na nota supra, questiona se não seria a culpa consciente indício de menor insensibilidade ético-social, sendo que haveria maior atenção na execução da conduta perigosa. Mas ele mesmo afirma posteriormente que, segundo doutrina dominante, a censurabilidade é maior nos casos de culpa consciente.

acreditando que, por conhecer o trajeto que faz rotineiramente, pode evitar qualquer percalço que venha a acontecer no caminho.

Já no caso da culpa inconsciente, o risco do resultado nem passa pela consciência do agente. Neste caso, inexistente nexos psicológico entre o agente e o resultado.

Necessário se faz realizar a diferenciação entre *culpa consciente* e *dolo eventual*. A conduta dolosa calcada no dolo eventual inclui, além da previsão pelo agente da possibilidade do resultado proibido, o consentimento, a anuência à sua ocorrência. Em outras palavras, há uma insensibilidade por parte do agente quanto à possibilidade de ocorrer lesões a algum bem jurídico tutelado. Em sua mente, primeiramente vem a sua vontade de realizar, independente do risco, a conduta desejada, o que é diferente da culpa consciente, onde o indivíduo não quer em nenhuma hipótese que o resultado antijurídico aconteça.

Há ainda uma terceira espécie de culpa, a chamada *culpa imprópria*, assim denominada por ser oriunda de uma ação dolosa, por sua vez decorrente de erro evitável. Se inevitável fosse, não haveria culpa¹⁶. Estamos falando de erro evitável nas discriminantes putativas, ou do excesso nas causas de justificação. Segundo Zaffaroni, esse dever de cuidado violado, bem como a previsibilidade do resultado merece uma análise subjetiva de cada caso concreto para se chegar à finalidade da conduta praticada, pois cada ação terá um *modus operandi* diferenciado a ser analisado. Se não houver como determinar a finalidade da conduta em questão, esses quesitos não poderão ser avaliados, e, desta forma, nada poderá determinar de que conduta se trata e, conseqüentemente, não se pode averiguar qual era o dever de cuidado que o agente deveria ter observado ou qual a previsão que deveria ter feito, bem como não se pode analisar se a conduta praticada era ou não típica¹⁷.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 282.

¹⁷ *Apud* HERZMANN, Edgar. *Excesso na legítima defesa: a emoção como causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 132, jan 2015. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15678#_ftnref47. Acesso em 19/04/2017.

2.1.4 Concorrência e concurso de pessoas em crime culposo

Concorrência de culpas ocorre quando mais de um agente age de maneira culposa, sem o conhecimento do outro para a produção de um mesmo resultado antijurídico. Neste caso, cada indivíduo responde isoladamente por sua conduta culposa, pois não há vínculo entre eles, e os mesmos ignoram a contribuição um do outro na concretização do resultado.

Quando existe um vínculo entre os agentes, aí podemos falar de coautoria, porém não de participação. Nas palavras de Nucci:

Sendo o tipo do crime culposo aberto, composto sempre de 'imprudência, negligência ou imperícia', segundo o disposto no art. 18, II do Código Penal, não é aceitável dizer que uma pessoa auxiliou, instigou ou induziu outrem a ser imprudente, sem ter sido igualmente imprudente¹⁸.

Neste sentido, todos são igualmente culpados em caso de conduta culposa cometida por mais de um agente, pois todas as condutas que conjuntamente levaram ao resultado são dotadas de culpa, de alguma forma.

2.2 INJUSTO DOLOSO

2.2.1 Tipo objetivo

O tipo objetivo compreende o fundamento material do crime, que é a realização de uma vontade. Seu núcleo é representado por um verbo (omissivo ou comissivo). Existem, no ordenamento jurídico, outros elementos que complementam a ação descrita no tipo penal, individualmente vinculados a cada conduta tipificada da parte especial.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 328.

Os tipos penais podem ser formais (onde descrevem apenas uma conduta finalista) ou materiais (atividade finalista que produz determinado resultado)¹⁹. Nestes últimos, a ação, ao se concretizar, modifica o mundo exterior, produzindo resultado que não faz parte dela, mas faz parte do tipo. Sendo o resultado um evento identificado como ofensa a um bem jurídico, difícil fica dizer que há crime sem resultado. No entanto, conforme alerta Bitencourt, uma parte da doutrina acredita que ofensa a bem jurídico não caracteriza resultado da ação, mas valoração jurídica do resultado²⁰.

Por óbvio, nos crimes de resultado deve haver uma relação entre a ação e o resultado, o nexo de causalidade. Não basta apenas a vontade de produzir o resultado e um agir que não leve à concretização do mesmo.

Ainda não se falou de outro elemento fundamental ao tipo objetivo de dolo, o autor da ação. A depender do crime, autor pode ser qualquer pessoa que com sua conduta venha a produzir o resultado ou a ele dar causa. Em muitos crimes, porém, além da conduta é observada a condição pessoal do agente. Trataremos especificamente de autoria e concurso de pessoas, independente da condição pessoal dos agentes, mas em capítulo próprio.

Pela teoria finalista da ação²¹, o dolo é parte essencial do agir. Nas palavras de Claudio Brandão:

Toda ação tem em sua estrutura essencial à vontade dirigida a um fim, assim, toda ação é finalista. Ora, a vontade dirigida a um fim é precisamente

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 253.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 254.

²¹ Doutrina criada por Welzel, sustentando que ação é a conduta do homem, voltada para um fim. Com isso, contestou a chamada teoria causalista (mecanicista) da ação, que se contenta em divisar a relação psicológica entre a conduta e o resultado. A teoria finalista implica deslocar o dolo para o núcleo da ação (ao contrário da teoria causalista), reservando à culpabilidade a censurabilidade ao comportamento humano. A ação (portanto, o dolo) passa a ser objeto de censurabilidade (quando socialmente inadequada) e a culpabilidade a própria censurabilidade. A ação somente será delituosa se for socialmente inadequada. Fonte: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/291820/teoria-finalista-da-acao>. Acesso em 19/04/2017.

o dolo. Como quem descreve a ação é o tipo penal, pode-se dizer que o tipo penal também abrange o dolo²².

No entanto, dolo compreende os aspectos subjetivos, expressos na vontade do autor. Veremos a seguir.

2.2.2 Tipo subjetivo

O tipo subjetivo constitui-se de um elemento principal, o dolo, e algumas vezes, possui elementos acidentais (intenções e tendências).

O dolo possui enorme importância na definição de crime. Sem determinar a vontade do agente, não se pode classificar a conduta como típica. Na segunda década do século XX, Welzel transportou alguns aspectos subjetivos da culpabilidade para a conduta e criou o *conceito finalista de crime*, também chamado de *conceito analítico*²³, que diz que “dolo, em sentido técnico-penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito”²⁴.

Bitencourt faz uma síntese das principais teorias do dolo para esclarecer o real sentido que seus autores pretendiam emprestar²⁵.

Segundo ele, a teoria da vontade, ou teoria clássica é a vontade dirigida ao resultado, independente da consciência da violação da lei. “A *teoria da vontade*, como critério aferidor do *dolo eventual*, pode ser traduzida na posição do autor de *assumir o risco* de produzir o resultado representado como possível”.

Já para a teoria da representação, inicialmente defendida por Von Liszt e Frank, bastava a previsão do resultado como certo ou provável para que existisse dolo. O autor brasileiro afirma que os próprios juristas acabaram reconhecendo que

²² BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 173

²³ CRESPO, Aderlan, Curso de criminologia: as relações políticas e jurídicas sobre o crime. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 147-148.

²⁴ WELZEL, Hans apud 24 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol.1. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 256.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1.* 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 256-258

essa teoria era insuficiente para definir o dolo eventual, aderindo, por fim, a teoria da vontade, pois além de prever, necessário que o agente consinta.

A terceira teoria advém da divergência das duas anteriores, que gerou uma síntese, concluindo-se que dolo é representação e vontade. Trata-se da teoria do consentimento. Porém, conclui Bitencourt, consentir com o possível resultado não deixa de ser uma forma de querê-lo.

Nossa legislação adota a teoria da vontade para o dolo direto e a teoria do consentimento para o dolo eventual.

O dolo sendo elemento essencial do tipo subjetivo, também é composto de dois elementos:

a) *elemento cognitivo*: trata-se da consciência do que se pretende praticar, devendo estar presente no momento da ação. Esta previsão deve ser de todos os elementos integradores do tipo penal^{26 27}, mas, no que se refere ao conhecimento técnico-normativo, basta que o agente tenha uma noção dentro do que se espera de uma pessoa comum²⁸;

b) *elemento volitivo*, que abrange a ação ou omissão, o resultado e o nexos causal. A vontade pressupõe a previsão e a possibilidade de influir no resultado²⁹.

Pode-se classificar o dolo em direto ou eventual. No dolo direto, o agente sabe o resultado que quer, escolhe os meios para realizá-lo e consente seus eventuais efeitos colaterais certos, necessários ou possíveis decorrentes dos meios utilizados na conduta. Podemos ainda subclassificar o dolo direto em primeiro e segundo grau, sendo de primeiro grau aquilo que o agente realmente quis obter com

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 258-259.

²⁷ Na teoria psicológico-normativa de crime, o *elemento normativo*, que é a consciência atual da ilicitude do que se pratica, era tratado como um terceiro elemento do dolo. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 346.

²⁸ Nesse sentido, PACHECO, Tiago Marques. *Elementos do dolo*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22/01/2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55092&seo=1>>. Acesso em: 20/04/2017.

²⁹ WELZEL, Hans *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 259.

sua conduta e, de segundo grau, as consequências secundárias *necessárias* por conta dos meios utilizados para atingir seus objetivos³⁰.

Já no dolo eventual, o agente não deseja o resultado, mas não se importa caso venha a acontecer. Existe a previsão do resultado como provável, ou possível, mas mesmo assim, o indivíduo age, aceitando o perigo de produzi-lo. É imprescindível o conformismo sobre a possibilidade da ocorrência do resultado danoso, pois sem isso, entramos na esfera da culpa consciente³¹.

Como elementos acidentais, Bitencourt elenca os delitos de intenção e os delitos de tendência. Os primeiros requerem um agir com uma finalidade, mesmo que não atingida no final. Essa finalidade, essa intenção de produzir um resultado ou de realizar uma segunda atividade típica, (*delitos de resultado cortado ou delitos mutilados de dois atos*) que dará caráter de justo ou injusto à conduta praticada pelo agente. Já nos delitos de tendência, o autor afirma que “a ação encontra-se envolvida por determinado *ânimo* cuja ausência impossibilita sua execução”. É necessário dar à ação um propósito deduzível na natureza do delito, não um resultado ulterior. Pode-se exemplificar nos artigos. 138, 139 e 140 do Código Penal, o propósito de ofender caracteriza o delito de tendência³².

2.3 CULPABILIDADE

Impossível separar as teorias modernas da culpabilidade do sistema penal em que estão inseridas. Estado, pena e culpabilidade são conceitos dinâmicos inter-relacionados. Assim, se o Direito Penal evolui em determinada sociedade, é porque a forma de Estado também evoluiu. Segundo Bitencourt, “um conceito dogmático como o de culpabilidade requer, segundo a delicada função que vai realizar – fundamentar o castigo estatal –, uma justificativa mais clara possível do porquê e

³⁰ Nesse sentido, CABETTE, Eduardo Luiz S. *Dolo de primeiro e segundo graus*. Jornal Carta Forense, São Paulo: 04/11/2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/dolo-de-primeiro-e-segundo-graus/17096>>. Acesso em: 21/04/2017.

³¹ CARVALHO, Rodrigo Cesar Picon de. *Diferença entre dolo eventual e culpa consciente*. DiretoNet: 05/05/2015. Disponível em <<http://www.diretonet.com.br/artigos/exibir/9076/Diferenca-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciente>>. Acesso em 21/04/2017.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 264-265.

para quê da pena”³³. Continuando o raciocínio do autor, a culpabilidade se refere à possibilidade da aplicação da pena a um agente de fato típico e antijurídico (fundamento da pena), funciona também como limite da pena (determinação ou medição) e, por último, serve para impedir a atribuição da responsabilidade objetiva³⁴.

2.3.1 Teoria Psicológica

Essa teoria advém do positivismo do século XIX e tem como principal defensor Von List, no início do século XX. Dentro desta concepção, a culpabilidade é elemento subjetivo do crime, nada mais é do que o vínculo psicológico do agente ao fato praticado, segundo a intenção do mesmo em alcançar o resultado (dolo e culpa eram os únicos elementos e a imputabilidade apenas um pressuposto da culpabilidade).

A teoria psicológica passou a sofrer críticas, uma vez que esse conceito naturalístico de ação não conseguia explicar a essência da omissão, nem mesmo a culpa inconsciente, posto que não existia o vínculo psicológico entre o fato e o agente. Segundo este conceito, a culpabilidade era afastada nos casos de “erro” ou “coação” que eliminaria o elemento intelectual ou suprimiria o elemento volitivo, excluindo a punibilidade nos casos de coação irresistível e atendimento à ordem de superior hierárquico, porém restou insuficiente do ponto de vista dogmático-intelectual, ao fazer depender a imposição ou não da pena unicamente desse vínculo psicológico³⁵.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 330.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 330-331.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 340-341.

2.3.2 Teoria Psicológico-normativa

Diante da insuficiência da teoria psicológica, surgiu a teoria psicológico-normativa, com o intuito de buscar um conceito integral de culpabilidade, mantendo os elementos psicológicos.

Um dos precursores desta teoria foi Reinhard Frank que concebeu a culpabilidade como *reprovabilidade*, sem afastar-lhe o dolo ou a culpa. Desta forma, a culpabilidade abrangia uma relação psicológica e um juízo de reprovação³⁶. O conceito de reprovabilidade traz consigo a possibilidade de um juízo de valor na culpabilidade, pois a reprovabilidade, segundo o Frank, é a possibilidade de determinar que um sujeito é culpável pela realização de uma conduta proibida por lei, sendo, dessa forma, uma valoração negativa de uma conduta³⁷, de acordo com as circunstâncias que se apresentavam no momento.

Outros autores determinantes desta teoria foram Goldschmidt e Freudenthal, que estabeleceram outro ponto importante elementar para a culpabilidade, a exigibilidade de conduta diversa. Goldschmidt afirmava que a culpabilidade se firmava por meio do dever de se motivar pela representação do dever indicado na norma de direito, inserindo, assim, na culpabilidade, um elemento tipicamente normativo, a norma de dever, firmando a consciência da ilicitude como pressuposto para aplicação e medição da sanção penal. Já Freudenthal afirmava que, na culpabilidade, a reprovabilidade resultava do fato de que o agente agiu assim, quando devia e podia agir de outra maneira, baseando o juízo da culpabilidade na exigibilidade de um comportamento conforme o Direito³⁸.

Então, a partir desta teoria psicológico-normativa, a culpabilidade passa a ser composta pelos elementos: dolo e culpa (que na teoria anterior eram espécies de

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 343.

³⁷ SÁ, Simone de. *Culpabilidade: da teoria psicológica à teoria normativa pura e sua consolidação como princípio*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eb453b86e59bbc3c>>. Acesso em 25/04/2017.

³⁸ SÁ, Simone de. *Culpabilidade: da teoria psicológica à teoria normativa pura e sua consolidação como princípio*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eb453b86e59bbc3c>>. Acesso em 25/04/2017.

culpabilidade), imputabilidade (que anteriormente era visto como pressuposto), e a exigibilidade de conduta diversa.

Porém, dentro do conceito de dolo, a teoria psicológico-normativa incluiu o elemento *consciência da ilicitude da conduta*, o levou a severas críticas, pois acabava por afastar a punibilidade do criminoso habitual ou por tendência, que não sabia ser ilícita sua conduta que, no seu grupo social, era tida como normal. Segundo Bitencourt, “chega-se, assim, a uma situação paradoxal, qual seja a de excluir a culpabilidade exatamente daquele indivíduo que apresenta o *comportamento mais censurável*”³⁹.

Tentando resolver esta questão, Mezger construiu um adendo à teoria, ao qual denominou “culpabilidade pela condução de vida”, que levava em conta não o fato em si, mas o indivíduo ao qual se atribuía o fato, sua personalidade, sua conduta social. Essas contribuições de Mezger não prosperaram pois, conforme Bitencourt:

Toda vez que perdemos de vista uma certa objetividade, ou seja, o fato em si, e nos detivermos fundamentalmente no autor do fato, surge a possibilidade bastante grande de aumentar o arbítrio estatal, ocorrendo um enfraquecimento das garantias individuais⁴⁰.

2.3.3 Teoria normativa

Essa teoria foge da construção híbrida do conceito de culpabilidade e propõe o deslocamento do aspecto subjetivo, vinculado à intencionalidade do sujeito para a conduta. Welzel, seu principal representante, destaca que a essência da culpabilidade é a reprovabilidade, sem esquecer que se trata de uma qualidade negativa da própria ação do agente e não se localiza na cabeça de quem julga⁴¹. Desta forma, a reprovação deve ser identificada na própria norma, não pelo julgador. A exigibilidade de agir conforme o Direito deve ser papel exclusivo da culpabilidade,

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 346.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 347.

⁴¹ WELZEL, Hans *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 332.

mas só depois de se identificar o injusto penal, pois para Welzel, a ação humana é um acontecimento final e não puramente causal⁴². Por este motivo, a sequência lógica de se verificar a tipicidade da ação, *a priori*, seguida da averiguação da antijuridicidade e, por derradeiro, a constatação da culpabilidade, é absolutamente necessária para qualificar uma conduta como crime.

Para a teoria normativa, os elementos determinantes da culpabilidade, que juntos representam a capacidade culpável do sujeito infrator, são:

a) *Imputabilidade*: capacidade psicológica do agente de entender o caráter ilícito da ação e determinar-se de acordo com este entendimento. Em outras palavras, é a capacidade de entender a ilicitude e adequar sua conduta a esta compreensão⁴³. Ou seja, o indivíduo deve saber o que faz e assumir as consequências da sua conduta.

b) *Potencial de consciência do ilícito*: é a possibilidade do agente considerar possível a existência de uma lei que reprima sua conduta, mas agir desconsiderando essa possibilidade. Quando não ficar demonstrado que o indivíduo possuía este potencial, configura-se o chamado erro de proibição, e exclui-se a culpabilidade.

c) *Exigibilidade de conduta diversa*: possibilidade que o agente imputável e possuidor de potencial consciência da ilicitude tinha de agir de outra forma, de acordo com o Direito, mas preferiu agir em contrariedade ao Direito. São consideradas como inexigibilidade de conduta diversa as hipóteses de obediência hierárquica à ordem manifestamente legal e coação moral irresistível⁴⁴.

2.3.4 Exculpantes

Elencaremos apenas os excludentes de culpabilidade neste subcapítulo para concluirmos o estudo sobre o tema.

⁴² CRESPO, Aderlan. *Curso de criminologia: as relações políticas e jurídicas sobre o crime*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 89.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 540.

⁴⁴ CRESPO, Aderlan. *Curso de criminologia: as relações políticas e jurídicas sobre o crime*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 89-91.

A primeira das exculpantes é a inimputabilidade, que se configura na ausência da capacidade psíquica do agente de entender a ilicitude da sua conduta. Trata-se de uma perturbação da consciência e deve-se levar em conta a situação no tempo e espaço psíquicos e as características psíquicas que dificultaram ou facilitaram a compreensão da ilicitude no momento da realização do delito, para quantificar o esforço que o sujeito deveria dispender para compreender a antijuridicidade da sua conduta. Quanto maior caracterizado este esforço naquele momento, menor será a reprovabilidade. O que pode causar essa perturbação de consciência é a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto (presumido na menoridade) ou retardado⁴⁵.

Ocorre inimputabilidade também quando, embora haja compreensão da antijuridicidade, não é exigível que o agente seja capaz de se autodeterminar (uma fobia, por exemplo, que faz o sujeito se descontrolar e acabar ferindo alguém).

Outra causa excludente da culpabilidade da conduta é o chamado erro de proibição invencível (quando vencível, não exclui a culpabilidade, em nada afeta a tipicidade dolosa ou culposa afirmada em nível correspondente). O erro de proibição invencível impede o entendimento da antijuridicidade por dois motivos: ou porque afeta a possibilidade de seu conhecimento, ou porque, embora haja conhecimento, não é possível exigir seu entendimento⁴⁶.

A derradeira causa excludente da culpabilidade da conduta é a inexigibilidade de outra conduta, que, como falamos anteriormente, trata-se da coação moral irresistível e a obediência hierárquica (elencadas no artigo 22 do Código Penal).

A coação moral é aquela que pressiona a vontade do indivíduo, reduzindo ou eliminando o poder de escolha. A vontade existe, mas está viciada. Nos casos em que é irresistível não lhe é exigível que desconsidere a ameaça para agir de acordo com o Direito. Para ser excludente de culpabilidade, a ameaça deve ser grave e irresistível, sendo o sujeito levado a acreditar que o coator possa cumprir a ameaça

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 542 e ss.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 551

em seguida, seja por si ou por interposta pessoa⁴⁷. Nestes casos, a conduta pode ser exculpante (quando o mal com que é ameaçado se equivale ao mal que é obrigado a infringir) ou justificante (quando o mal com que lhe ameaça o coator é maior que o mal que é obrigado a infringir)⁴⁸.

Já a obediência hierárquica se refere apenas às relações de direito público civil (o militar tem o dever legal de obediência, incorrendo em crime de desobediência caso descumpra a ordem de superior, excetuando-se as ordens manifestamente criminosas). E se refere a ordens ilegais, que o subordinado vem a cumprir por avaliar incorretamente a ordem recebida. É comparável ao erro de proibição, de certa forma. Por óbvio, se a ordem for *manifestamente* ilegal, existe a exigibilidade de conduta conforme o Direito. Nenhum subordinado tem a obrigação de cumprir ordens ilegais, se o fizer, será coator no delito. Nas palavras de Bitencourt:

O subordinado não tem a obrigação de cumprir ordens ilegais. Ele tem a obrigação de cumprir ordens inconvenientes, inoportunas, mas não ilegais. Não tem o direito, como subordinado, de discutir a *oportunidade* ou *conveniência* de uma ordem. Mas a *ilegalidade*, mais que o *direito*, tem o *dever* de apontá-la, e negar-se a cumprir ordem *manifestamente* ilegal⁴⁹.

Não se fala em obediência hierárquica sem referência às relações entre servidores públicos. A hierarquia que se tem em conta para determinar excludente de culpabilidade não decorre de relação privada⁵⁰.

2.4 IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS E ATRIBUIÇÃO DE AUTORIA

Os elementos do dolo e da culpa são imprescindíveis para determinar autoria do delito. Por vezes o ilícito ocorre com a participação de diversas pessoas, porém,

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 367-368.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 564.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 369.

⁵⁰ Para uma visão mais detalhada, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 567-568.

nem todas podem ser consideradas autoras ou partícipes, pois a elas falta um ou alguns dos elementos constitutivos da conduta delitiva, seja culposa ou dolosa, ou ainda lhe seja impossível identificar elementos de culpabilidade.

Em uma organização empresarial, por exemplo, quem conduz a celebração de um contrato com um fornecedor pode realizar sua atividade na mais severa conformidade, dentro das leis e do código de conduta (regras de criminal *compliance*), sem saber que, na etapa anterior, de verificação da qualificação do fornecedor, da autenticidade das informações prestadas, houve erro, seja propositalmente, ou por negligência de quem deveria realizar a tarefa. Se neste exemplo hipotético, a empresa estiver realizando um contrato fictício, apenas transferindo valores para uma empresa fantasma, a pedido de um agente público, por exemplo, com a finalidade de pagamento de propina, quem edita o contrato não pode ser objetivamente considerado autor ou partícipe.

Embora haja nexos causal entre a celebração do contrato e o pagamento à empresa de fachada, pode não existir, por parte do funcionário que conduziu a operação, a previsibilidade objetiva do resultado, nem a conexão interna entre o desvalor da ação e do resultado. Pode não ser o mesmo setor da empresa que alimenta o banco de dados com a necessidade de reposição de insumos, pode ainda ser um terceiro setor que analisa e seleciona os fornecedores e os coloca em contato com o setor de compras. Pode ser que o dirigente que assina o contrato tenha delegado a negociação para um dos seus assessores de confiança que lhe assegura ter checado a validade e a idoneidade da transação, sem tomar conhecimento das “condições” do negócio. Tudo depende do tamanho da organização e da estrutura hierárquica.

Por esta razão se faz necessário conhecer os elementos do tipo culposos e dolosos, como também dos elementos da culpabilidade, pois o delito cometido por meio de uma estrutura complexa como uma empresa pode envolver uma leva de pessoas que não tem responsabilidade alguma por ele, embora tenham, dentro de suas funções normais de trabalho, contribuído para o resultado final ser o desejado pelo agente criminoso.

3 CONCURSO DE PESSOAS E TEORIA DO DOMINIO DO FATO

3.1 CONCURSO DE PESSOAS

3.1.1 Anotações introdutórias

Quando ocorre uma concorrência de pessoas em um acontecimento, no âmbito do direito penal, quando ocorre uma reunião de pessoas no cometimento de um delito, intervendo vários autores, ou ainda autores e outros que participam de delito sem serem assim denominados, tem-se o concurso de pessoas no delito⁵¹.

O concurso de pessoas pode ser necessário ou eventual. A doutrina não se estende muito sobre o concurso necessário, pois ocorrem nos chamados crimes *plurissubjetivos*, onde se exige a presença de duas ou mais pessoas para que se configurem, como, por exemplo, a associação criminosa. Nestes casos, todos são autores⁵².

Já o concurso eventual, que ocorre quando há mais de uma pessoa envolvida em um crime que pode ser executado por apenas uma, recebeu extensas dissertações a fim de esclarecer e definir o papel de cada agente nestes casos.

Chegou-se então à elaboração de requisitos para o concurso de pessoas, além dos elementos objetivo (contribuição causal física) e subjetivo (vontade e consciência de participar da obra comum). São eles: a) a pluralidade de participantes e condutas (não necessariamente na mesma forma e condições); b) relevância causal de cada conduta; c) vínculo subjetivo entre os participantes

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 573. Ainda, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 430.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 324.

(elemento psicológico); e d) identidade de infração penal (todos agem para um objetivo único)⁵³.

Antes de entrarmos nas teorias sobre o concurso de pessoas, vamos nos ater por um instante na questão da autoria, pois, nem todos que concorrem para o injusto penal podem ser considerados da mesma forma. A doutrina formulou dois conceitos para definir a autoria, um conceito extensivo e um restritivo.

O conceito extensivo de autor tem como ideia fundamental a teoria da equivalência das condições e, desta forma, de modo geral, autor é todo aquele que produz uma contribuição causal para a realização do tipo⁵⁴. A essa teoria, foi necessário agregar a “teoria subjetiva da participação” que delimita o que seria “vontade do autor” (*animus auctoris*) do que seria a “vontade de participe” (*animus socii*). Essas ideias acabaram sendo rechaçadas devido à possibilidade de acabar ampliando o tipo penal (para abarcar os ditos autores que não praticaram o verbo núcleo) ilimitadamente, retirando a objetividade da norma penal, a ponto de não mais dizer o que é o injusto.

Já o conceito restritivo de autor afirma que autor é quem realiza a conduta descrita no tipo, na letra da lei. Para complementar, criou-se a “teoria objetiva da participação” que se dividiu em “teoria objetivo-formal”, que define objetivamente: autor é quem pratica o verbo contido no tipo penal e partícipe é aquele que produz qualquer outra contribuição causal; e “teoria objetivo-material”, que define autor e partícipe considerando a perigosidade, ou a contribuição de maior importância. A autoria mediata, não abordada na teoria objetivo-formal, estaria agora abrangida no conceito de autor, já que o “homem de trás” por ser “tão ou mais perigoso” que o executor, seria punido como autor. Por este motivo, alguns doutrinadores a consideram como a teoria do domínio do fato. Mas acontece que, na prática, determinar o grau de perigo de quem não praticou o verbo do tipo, para então tentar

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 435-436.

⁵⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 61-66.

classificá-lo como autor, de acordo com os critérios estabelecidos pela doutrina, não gera muita segurança. A definição de autoria mediata fica comprometida⁵⁵.

3.1.2 Teorias sobre o concurso de pessoas

Algumas teorias foram elaboradas a fim de definir o problema da criminalidade coletiva, se constitui um ou mais crimes.

A *teoria pluralística* determina que a cada participante deve se atribuir um crime distinto. Havendo mais de um agente, praticando mais de uma conduta, ainda que provoque o mesmo resultado, cada um responde por um delito. Essa teoria já foi abandonada, posto que insustentável, já que as diversas condutas dos indivíduos, no concurso de pessoas, visam um único objetivo. No entanto, em nosso Código Penal podemos ver alguns casos em que essa teoria ainda é aplicada, como no caso do aborto, em que a gestante que permitiu que alguém lho provocasse incide em um tipo penal (art. 124) e quem provoca o aborto com o consentimento da gestante incide em outro (art. 126)⁵⁶.

Para a *teoria dualística*, havendo concurso de pessoas, é necessário distinguir coautores de partícipes, a fim de atribuir para aqueles um tipo penal e outro tipo para estes. Porém o crime continua sendo um só⁵⁷.

Por fim, a *teoria monística ou unitária* não faz qualquer distinção entre autor e partícipe, instigador ou cúmplice. Embora praticado por diversos indivíduos, o delito permanece único e indivisível.

A teoria adotada pelo legislador brasileiro foi a teoria monística, no entanto, na reforma de 1984, estabeleceu-se uma diferenciação entre coautor e partícipe, permitindo a adequação da dosagem da pena de acordo com determinados graus

⁵⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 66-72.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 321.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 432.

de participação. Alguns doutrinadores deram a esta forma de estabelecer a punibilidade diferenciada o nome de *teoria unitária temperada*⁵⁸.

3.1.3 Participação

Conforme Zaffaroni, a participação é “a contribuição dolosa que se faz ao injusto doloso de outro”⁵⁹. Daí já é possível identificar a natureza *acessória* da conduta do partícipe. Desta assertiva, também podemos concluir que só quem comete injusto doloso pode ter partícipes. Se a conduta principal é justificada, ou atípica, quem coopera não pode ser partícipe.

Atualmente, seguindo o pensamento do autor supra, o fundamento da punição do partícipe situa-se em que sua conduta favorece uma conduta dolosa e antijurídica de outro, sem que seja necessário pesquisar a culpabilidade. Ou seja, o partícipe contribui causal e finalmente para a execução da ação típica e antijurídica. Desta forma, utiliza-se a teoria da acessoriedade limitada.

Outra questão apontada por Zaffaroni é que “somente pode haver participação enquanto o delito não tenha sido executado”, explicando que “a participação pode ter lugar enquanto não se tenha exaurido a execução do injusto, mesmo quando já se encontre consumado”⁶⁰. Nucci afirma a mesma coisa, não há participação posterior à consumação do crime (pode haver um crime individual, de favorecimento, art. 348 do Código Penal, mas não se trata de participação em crime alheio)⁶¹.

Da mesma forma, não se pode falar de participação antes do início da execução da infração penal. Conforme Bitencourt:

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 433.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 589.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 593-594.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 330-331.

Para que a contribuição do partícipe ganhe relevância jurídica é indispensável que o autor ou coautores iniciem, pelo menos, a execução da infração penal⁶².

Também se faz necessário não confundir tentativa de participação (fato atípico) com participação na tentativa (previsto no art. 31 *in fine* do Código Penal).

Outro ponto que devemos atentar é ao estabelecido no § 2º do art. 29 do Código Penal, que diz que “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste”. Sem ignorar a previsibilidade de resultado mais grave, que não passa despercebida pelo legislador.

Boa parte da doutrina classifica a participação em duas categorias, a *instigação* e a *cumplicidade*⁶³. Examinamos os conceitos atribuídos por Zaffaroni, Pierangeli e Bitencourt para resumidamente esclarecer alguns pontos.

Instigação é o ato deliberado de convencer alguém a cometer um crime. O meio para o convencimento do outro deve ser o psíquico, mas suficientemente forte para que ligue o instigador ao resultado do injusto. Meras insinuações não são o bastante. A instigação deve ser determinante da conduta do agente. De nada adianta instigar quem já está decidido a praticar um crime, não fará diferença. Não precisa ser necessariamente uma ideia nova na mente do agente, mas deve a instigação ser imprescindível na decisão de agir. Trata-se de uma participação moral.

Existem casos que a instigação configura crime próprio. É o caso do artigo 122 do Código Penal (instigação ao suicídio, desde que resulte ao menos em lesão corporal grave). A outra hipótese está no artigo 286 (incitação ao crime). Nestas duas situações há diferenças em relação à instigação como participação. No caso da incitação ao suicídio, a ação do agente não é uma conduta típica. Já na incitação ao crime, não existe um agente determinado.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 444.

⁶³ Nucci aborda a cumplicidade de uma forma distinta, não a caracterizando como uma subcategoria de participação, mas dizendo que o conceito de cúmplice cabe ao coautor ou ao partícipe indiferentemente. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 331.

Já a outra espécie de participação, a *cumplicidade*, é a participação dolosa material, representada por um auxílio à execução do injusto. Esse auxílio pode ser de qualquer natureza (até mesmo intelectual), desde que intencional e relevante para a execução crime por parte do agente ou agentes.

Quando o indivíduo coopera de forma indispensável para a execução do plano concreto, mas não pode ser autor por não apresentar as características que a lei exige nos crimes *delicta propria* ou não executa a ação típica dos delitos de mão própria, pode ser chamado de *cúmplice necessário*, e nestas duas hipóteses, em razão da participação de maior importância, a ele será imposta a pena de autor.

A legislação estabelece uma atenuação facultativa à conduta que for considerada participação de menor importância. No que se refere à cumplicidade, os casos de cumplicidade simples (não a cumplicidade necessária mencionada anteriormente) podem ser atenuados, de acordo com sua relevância. Porém, na instigação fica mais difícil estabelecer o grau de importância da conduta do instigador, devendo ser analisado pelo juiz no caso concreto⁶⁴.

Ainda não mencionada, necessário falar de outra espécie de concurso de pessoas, onde executor da conduta típica não é o autor, ou ao menos, não é quem deseja o resultado. Para explicar este tipo de autoria, a doutrina desenvolveu a *teoria do domínio do fato*, que será explicada em seguida.

3.2 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A teoria criada para explicar a autoria mediata, onde o *homem de trás* detém em suas mãos o controle da conduta como dita Welzel (sistema finalista), ou, conforme Roxin, é a figura central do acontecimento mediado pela conduta (sistema

⁶⁴ Para ver mais detalhadamente sobre as espécies de participação, consultar BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, vol.1*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp.443-446 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 597-600.

funcionalista-normativista)⁶⁵ é a teoria do domínio da vontade, que é uma das vertentes da teoria do domínio do fato.

A doutrina alemã é responsável pelo desenvolvimento da teoria do domínio do fato para buscar uma definição mais completa de autoria. Com base nos estudos do Pablo Alflen, vamos compreender os principais conceitos dos autores germânicos.

3.2.1 Domínio final do fato na ideia de Welzel

Welzel restringe a teoria do domínio do fato às condutas dolosas, desenvolvendo a autoria na concepção finalista em três conceitos, o de autoria direta (individual), autoria mediata e coautoria.

Alflen afirma que:

(...) na concepção welzeliana, a autoria direta consiste na realização direta, voluntária e conscientemente final do fato por quem, tendo preenchido os pressupostos pessoais objetivos e subjetivos exigidos pelo tipo, possui o domínio pleno sobre a sua decisão e execução⁶⁶.

A coautoria se caracteriza pela execução dividida entre duas ou mais pessoas dos atos parciais de uma decisão tomada conjuntamente, onde cada coautor tem o domínio da sua parte e, ao mesmo tempo, o domínio pleno do fato. Desta forma, para Welzel, quem realiza atos preparatórios e de apoio à conduta principal, se tiver tomado parte da decisão conjunta da realização do injusto, também será coautor⁶⁷.

Já a autoria mediata fundamenta-se na ideia de domínio final do fato por quem está por detrás do *instrumento*, que em hipótese alguma pode possuir o domínio do fato. Caso o instrumento possua o domínio do fato, o “homem de trás” seria um indutor ou instigador, ou seja, um partícipe. Isso não significa, para Welzel, que o executor seja necessariamente impunível, basta que o autor mediato tenha o domínio integral do fato.

⁶⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 96 e 110.

⁶⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 89-91.

⁶⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 91-94.

Welzel estabelece três formas de autoria mediata que se baseiam na falta dos três pressupostos (subjetivos, objetivos e fáticos) necessários a autoria. Desta forma, é autor mediato quem: a) se utiliza de um instrumento que não preenche os requisitos pessoais objetivos (não possui as características específicas) exigidos no tipo penal; b) quem se utiliza de instrumento que não preenche os requisitos pessoais subjetivos da execução da conduta, ou seja, quando o terceiro não possui a intenção de praticar o injusto; c) se utiliza de instrumento que não possui o domínio final do fato, seja por não agir dolosamente ou por não agir livremente (por coação, por incapacidade mental, menoridade ou obediência hierárquica) ⁶⁸.

A teoria de Welzel sofreu diversas críticas, dentre as quais a de Roxin, que afirmou que sua teoria do domínio do fato se trata apenas de um desenvolvimento da teoria do dolo, substituído o critério da vontade do autor, que era um pouco vago, pela exigência de que o autor detenha em suas mãos a decisão do fato, não podendo haver determinação dominante à sua⁶⁹. Ou seja, trata-se de uma forma muito subjetiva para determinar a autoria, sendo a parte objetiva do domínio do fato apenas um complemento à teoria do dolo.

Outro ponto controverso na teoria welzeliana é a questão do *instrumento punível*. Em alguns trabalhos, Welzel apontou que isto não seria possível, que a vontade de autor não faz autor quem determina outro a realizar o fato. Quem realizou a conduta diretamente é autor, e quem determinou é instigador, mero partícipe. Porém em outros trabalhos, o jurista admite a presença do autor mediato com instrumento punível, como no caso de autoria mediata por falta de pressupostos objetivos, ou como quando o instrumento age culposamente.

Esta teoria, portanto, acaba não servindo para delimitar a autoria mediata quando o executor age dolosamente.

Utilizemo-nos mais uma vez das palavras de Pablo Alflen para resumir os o conceito finalista da teoria do domínio do fato e seu principal problema, que já aponta a direção da próxima linha de pensamento:

⁶⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 94-96.

⁶⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 99.

Em síntese, o domínio final do fato assenta na ideia de que o homem, por meio de sua conduta dirigida pela vontade, pode realizar de acordo com o fim estabelecido por si mesmo a conformação do futuro (do curso causal), e, portanto, esta conformação, pertence a ele como obra própria. Agora, suponha-se que um indivíduo envia seu filho mentalmente enfermo a uma área situada no alto de uma colina, em meio a uma tempestade, para que seja fulminado por um raio, sendo que um raio, de fato, atinge seu filho. Pode-se dizer, de acordo com a ideia de domínio final do fato, que o pai é autor? Verifica-se que, embora o pai dominasse a conduta, estabelecida de acordo com a própria vontade a um fim, não dominava o resultado, o qual poderia não ocorrer, ou ocorrer de forma diversa do pretendido. Logo, a circunstância de o autor ser 'o senhor sobre sua decisão e execução e com isso o senhor sobre 'seu' ato', não é suficiente para caracterizar a ideia de domínio do fato, posto que lhe falta o domínio sobre o resultado jurídico-penalmente reprovado⁷⁰.

3.2.2 Domínio do fato na concepção funcionalista-normativista de Roxin

O jurista Roxin preferiu não elaborar um conceito determinado, mas sim, elencar algumas diretrizes que nos permitem, no caso concreto, determinar quando há ou não o domínio do fato.

Quanto à autoria, ele entende que autor é um componente da descrição do fato, e, por este motivo, adere ao conceito restritivo de autor, segundo o qual a autoria é limitada à conduta descrita no tipo penal⁷¹, que, na legislação penal alemã é dividida em autoria direta, autoria mediata e coautoria.

Partindo disto, Roxin desenvolve sua ideia de domínio do fato sob o fundamento de que o autor é a figura chave da conduta destinada à realização do delito. A partir daí, elabora um modelo tripartido de domínio do fato, que distingue as formas de autoria, sendo o domínio da ação o correspondente à autoria direta, o domínio funcional à coautoria, e o domínio da vontade à autoria mediata.

3.2.2.1 Domínio da ação – autoria direta

Sobre a teoria do *domínio da ação*, Roxin se utiliza da teoria objetivo-formal da autoria, afirmando que quem, através de sua conduta, preenche todos os pressupostos do delito possui o domínio da ação, então é o autor direto. Não será

⁷⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103.

⁷¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 109.

necessariamente um autor punível, mas será autor. Entretanto, é necessário analisar, *a priori* o tipo penal a que se refere a conduta.

Ainda assim, tal ideia de autoria não é completa e, assim como a teoria objetivo-formal, apresenta dificuldades de delimitar a autoria em situações mais complexas, como os crimes de ordem empresarial, onde não basta apenas identificar a figura central do fato típico, é necessário identificar a posição ocupada pelo autor nas circunstâncias⁷².

3.2.2.2 Domínio funcional – coautoria

Para Roxin, a coautoria é a realização do tipo penal por meio da execução pela divisão de trabalhos, referindo então ao domínio conjunto do fato, onde cada coautor, através do domínio conjunto do fato, pode, a qualquer momento, frustrar a concretização do ilícito, recusando-se a realizar a sua parte.

O jurista elenca três pressupostos para determinar a coautoria, extraídos da teoria do domínio funcional. São eles o planejamento conjunto do fato (acordo de vontades); a execução conjunta do fato (contribuição na etapa de execução); e relevância da contribuição os atos executórios (contribuir apenas na preparação não atribui domínio funcional do fato).

No entanto, destes três pressupostos, apenas o primeiro é imune às críticas. A execução conjunta do fato nem sempre é o que mais pesa para explicar a coautoria, principalmente nos ambientes de crime organizado, onde as tomadas de decisão e organização são tão importantes ou mais que a execução propriamente dita. E a “relevância” dos atos executórios como “pressuposto imprescindível da realização do tipo” é critério nem sempre esclarecido, posto que por vezes se confunde com a teoria causal, e parece que pode diminuir a relevância da contribuição do outro coautor, se o ato executório praticado por um

⁷² ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 112-118.

compreender/englobar a prática do outro, o que não é necessariamente verdadeiro⁷³.

3.2.2.3 Domínio da vontade – autoria mediata

De acordo com Roxin, a autoria mediata ocorre quando um indivíduo se serve de outro para realizar suas intenções, de modo que, por meio da instrumentalização deste, aquele detém o domínio do acontecimento (como homem de trás). Nestes casos, falta ao homem de trás uma conduta executória, de modo que o domínio do fato se fundamenta apenas na capacidade de conduzir a vontade do executor, o que fez o jurista afirmar, em um primeiro momento, que somente seria possível se o executor fosse um sujeito impunível.

A autoria mediata registra um duplo domínio do fato, um por parte do executor, que é figura central na ação, e outro por parte do homem de trás, em razão do seu poder sobre a vontade, pois “por meio da conduta do executor se realiza a vontade do homem de trás”⁷⁴.

Roxin identifica o domínio da vontade em três hipóteses: a) quando há coação; b) quando há erro por parte do executor induzido pelo homem de trás; e c) quando o homem de trás é emissor de ordem em um aparato organizado de poder. A seguir, um breve resumo destas três hipóteses.

a) Domínio da vontade em virtude da coação

Trata-se da hipótese mais simples. É quando o coator domina o coagido. E, por dominar a vontade do coagido, que é a figura central da ação, domina também o fato, de maneira mediata.

Importante não confundir o domínio da vontade com a influência sobre a vontade, o que configuraria apenas instigação, que é uma forma de participação. Quando o executor não pode agir por sua própria vontade, em virtude de uma grave

⁷³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp.118-124

⁷⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 126.

ameaça, e se vê obrigado a realizar um ato ilícito, será ele um sujeito impunível, pois a pressão sofrida equivale a um estado de necessidade, situação exculpante da culpabilidade.

Roxin destaca que pode também o homem de trás não criar a situação exculpante, mas se valer dela para conduzir a vontade do executor à prática do ilícito cujo resultado lhe interessa. Neste caso também seria o homem de trás o autor mediato⁷⁵.

b) Domínio da vontade em virtude de erro

Quando o autor mediato induz o executor a cometer o ilícito sem dolo, recaindo sobre a conduta um erro de tipo que o torna agente inculpável ou com culpa consciente. Da mesma forma, quando não foi o homem de trás que provocou o erro, mas se vale dele para induzir a conduta inculpável, ou com culpa consciente.

A segunda hipótese de domínio do fato em razão de erro se refere ao executor que age em erro de proibição provocado pelo autor mediato. Nestes casos, não há como exigir do executor que tivesse conhecimento do injusto, que age sem culpabilidade.

Outra incidência de domínio da vontade é quando o autor mediato faz o executor acreditar estar em estado de necessidade e cometer um delito. Como a legislação exclui a culpabilidade nos casos de estado de necessidade real e putativo, o executor, que acreditando estar em perigo, para salvar-se comete um ato ilícito, será inculpável. Porém, quem provocou o erro pode ser punido como autor.

A última situação apresentada por Roxin no que se refere ao domínio da vontade em virtude do erro encontra-se mais próxima da instigação. Quando o executor age dolosamente, sem nenhum redutor da culpabilidade, porém ao homem de trás é imputada a indução em erro quanto à medida do injusto (quando as consequências mais graves do ato do executor não são previstas por ele, mas o autor mediato não só previu, como induziu o executor a agir para tal resultado);

⁷⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 127-130.

também quando ao homem de trás é atribuída a indução ao erro quanto às circunstâncias fundamentadoras da qualificação; e, por último, quando ao autor mediato atribui-se a indução em erro em relação à vítima.

Essa última hipótese é mais dificilmente aceita como domínio do fato, pois, como dissemos acima, em que pese os exemplos e a explicação de Roxin, ela se identifica mais com a instigação do que com o domínio pleno da vontade.

Todos estes níveis de domínio do fato em virtude de erro são muito questionados pelo restante da doutrina, principalmente sobre a real importância da teoria da figura central para explicar os exemplos por Roxin elencados. Outras teorias se encaixariam também para explicar a maioria das hipóteses utilizadas⁷⁶.

c) Domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder

Esta é a modalidade de autoria mediata que, diferente das anteriores, o autor conta com a plena consciência do executor e ainda assim detém o domínio do acontecimento.

No entendimento de Roxin, a possibilidade do homem de trás cometer o ilícito se dá, nestes casos, não apenas pelo “instrumento executor”, mas também pelo aparato organizado de poder que o ampara.

Alflen descreve o que seria este aparato organizado de poder:

Este consiste em uma diversidade de pessoas que estão inseridas em estruturas preestabelecidas, que atuam conjuntamente em diferentes funções condicionadas pela organização e cuja totalidade assegura ao homem de trás o domínio sobre o resultado. O executor individualmente não desempenha nenhum papel decisivo para a atuação da organização, porque ela pode dispor de muitos outros executores solícitos. Daí dizer Roxin que quem possibilita ao homem de trás a execução de suas ordens não é só o ‘instrumento’, e também não é aquele que deu causa com suas próprias mãos à morte da vítima, ‘o verdadeiro instrumento é, ao contrário, o próprio aparato’. Assim, por exemplo, Roxin afirma que ‘nos atos de extermínio em massa, o emissor da ordem se manifesta como a figura central’, sendo que a ‘sua ação de realização típica constitui o acionamento

⁷⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 131-136

do aparato de extermínio, o qual, de modo algum aparece desvinculado do seu resultado pretendido⁷⁷.

Além disso, o executor e o autor mediato possuem o domínio do fato de maneiras diversas. Aquele possui o domínio da ação e este o domínio da organização, que é uma capacidade de influência no resultado por meio de suas ordens, sem que tenha que usar as próprias mãos.

Outra consideração de Roxin é que se deve fundamentar o domínio do fato na posição do autor no acontecimento integral. Nas palavras de Alflen, o domínio do fato se baseia “em que por meio de uma ordem sua, através do aparato existente, ele pode causar o resultado com a maior segurança, como no próprio caso de domínio por erro e por coação”⁷⁸.

Zaffaroni também faz menção a este tipo de autoria mediata, que assim como Roxin, chama de “autoria de escritório”⁷⁹, e assim explica:

Esta forma de autoria mediata pressupõe uma “máquina de poder”, que pode ocorrer tanto num Estado que se rompeu com a total legalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma ‘mafiosa’, por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização). Serviria de exemplo a ‘SS’ no nacional-socialismo alemão, ou um Estado totalitário que se vale de um agente, para cometer um crime no exterior. A particularidade que isto apresenta está em que aquele que dá a ordem está demasiadamente próximo do domínio do fato, para ser considerado um simples instigador, com a particularidade de que quando o determinador se encontra mais distante de vítima e da execução material do fato mais próximo ele está das suas fontes de decisão⁸⁰.

Além da fungibilidade do executor, Roxin elencou outros pressupostos fundamentais para a caracterização da autoria mediata baseada no domínio por

⁷⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 138-139.

⁷⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 139.

⁷⁹ Esta é a tradução em português utilizada pela doutrina, embora literalmente Roxin chame o autor mediato por organização de aparato de poder de “autor de escrivinha”. Sobre isto, ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 138 (notas).

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 587.

organização. São eles o poder de comando, a desvinculação do direito pelo aparato de poder e a elevada disposição dos executores ao fato⁸¹.

Embora sirva para esclarecer algumas questões acerca da autoria mediata, a teoria de Roxin sofreu diversas críticas. O jurista alemão não deu uma definição sólida do que vem a ser efetivamente “dominar o fato”. As diretrizes são muito vagas e não existe um critério definido dentro da teoria que sirva para determinar a figura central do delito. Alguns autores chegaram à conclusão que o desenvolvimento da ideia de Roxin se aproxima de uma teoria da conduta, o que torna a tripartição do domínio do fato (domínio da vontade, da ação e funcional) incompatível. E outra crítica se faz no que se refere à sua concepção empirista, que, partindo de dados empíricos, busca estabelecer uma descrição mais ampla do que seria o domínio do fato. Essa prática dedutivista acaba por levar a conclusões nem sempre verdadeiras. E, por último, a teoria do domínio do fato de Roxin só se aplica exclusivamente ao sistema diferenciador de autor, não podendo, de forma alguma, ser utilizada em ordenamentos jurídicos que utilizem o sistema unitário de autor (como o Brasil, por exemplo)⁸².

3.2.3 Domínio do fato e o sistema penal brasileiro

O sistema penal brasileiro, como já mencionado anteriormente, é um sistema unitário funcional, o que lhe afere algumas características específicas, como a diferenciação da autoria da participação apenas no âmbito da culpabilidade, a se determinar em cada caso concreto.

Alguns doutrinadores brasileiros não veem óbice teórico contra a utilização da teoria do domínio do fato para crimes comissivos dolosos em nosso sistema penal.

Porém, tanto Roxin quanto Welzel embasaram suas teorias no sistema penal diferenciador, que é absolutamente incompatível com o nosso ordenamento jurídico.

⁸¹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140.

⁸² ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 151-158.

Nucci afirma que a “teoria do domínio do fato somente tem sentido para as legislações que adotam nítida distinção entre autor e partícipe, obrigando o juiz a fixar sanção menor para quem for considerado partícipe”⁸³. Nesta assertiva, nos parece que o jurista brasileiro acredita que no Brasil não é necessário distinguir os níveis de autoria e participação, pois a lei o faria autonomamente, como se o julgador não precisasse fundamentar a dosagem da pena.

Apesar disso, a teoria do domínio do fato não foi totalmente rechaçada. Nas palavras de Alflen:

(...) isso não implica o rechaço à *ideia de domínio do fato*, ao contrário, impõe a necessidade de construção de uma concepção de domínio do fato, que coadune com o sistema brasileiro vigente, sobretudo, em virtude da opção do legislador por um sistema unitário funcional, o qual admite (e, inclusive determina) não só a punição diferenciada como a própria diferenciação entre as categorias de autor e partícipe⁸⁴.

Na jurisprudência brasileira já é possível identificar a utilização da teoria do domínio do fato em alguns casos para delimitar a autoria, mas nem sempre da mesma maneira. Por vezes é apenas uma menção à expressão domínio do fato, sem fundamento na teoria propriamente dita e, por outras faltam alguns elementos para que se possa realmente enquadrar a autoria mediata nas teorias de Welzel ou de Roxin⁸⁵.

No caso mensalão, por exemplo, a teoria do domínio do fato foi mencionada no acórdão para determinar a autoria de alguns réus. Não foi muito feliz o STF, conforme analisa Alflen:

De forma absolutamente incongruente, ao longo de mais de oito mil (desnecessárias) páginas que integram o acórdão, a Corte fundiu teorias incompatíveis entre si, não especificou os critérios que utilizou para nortear aquilo que denominou de “domínio do fato”, e, sobretudo, deixou de indicar analiticamente dados empíricos hábeis a fundamentar o suposto domínio do fato enfatizado na decisão. [...] De outra sorte, observa-se que a Corte sequer conseguiu situar o domínio do fato na estrutura do conceito analítico de crime, chegando à esdrúxula afirmação de que o domínio do fato consiste em elemento de culpabilidade, ao ‘*o fato de se tratar de empregada*

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 323.

⁸⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 170.

⁸⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 170-177.

e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresária não afasta, isoladamente, o domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade. Ademais, procedendo à transcrição de passagens doutrinárias incompatíveis entre si, a Corte acreditou fundamentar a decisão, quando em momento algum se fez referência ao conteúdo da teoria e dos critérios utilizados para afirmar se e por que alguém detinha o domínio do fato.⁸⁶

Ainda existe um pouco de nebulosidade na diferenciação das teorias por parte da jurisprudência e, por consequência, não muito raro aparecem alguns equívocos ao evocar tais preceitos para delimitar autoria. Talvez por conta das dificuldades de tradução da língua alemã, talvez por ser uma teoria pouco difundida pela doutrina brasileira.

Destarte, deve-se chegar a uma nova concepção de teoria do domínio do fato, à *brasileira*, que pode ser acolhida e aplicada no sistema penal unitário, mantendo certa coerência sem realizar miscelâneas doutrinárias, utilizando conceitos alheios ao nosso ordenamento jurídico de maneira pura.

O professor Pablo Alflen chegou a um conceito de domínio do fato, levando em conta a legislação e jurisprudência brasileira, compreendendo o crime como um fenômeno jurídico relacional, baseado no ser social, onde o outro é detentor do bem juridicamente protegido, que é ofendido, seja por lesão ou por perigo de lesão. Para ele:

*O domínio do fato deve ser um conceito descritivo, pois somente assim cumpre com as funções e com os fins pragmáticos que são atribuídos à dogmática. Em face disso, deve-se definir o domínio do fato como a possibilidade de controlar, em razão do poder de condução, a realização típica – com todas as suas circunstâncias, no momento e na forma mais apropriada – e o conseqüente resultado delitivo. Em outras palavras, pode-se entender o domínio do fato como o domínio sobre a ofensa ao bem jurídico-penal*⁸⁷.

Essa nos parece ser a fórmula mais adequada para, inclusive aplicar a teoria na determinação de autoria de crimes em ambientes corporativos, coisa que, veremos a seguir, não é possível com as concepções germânicas.

⁸⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 183.

⁸⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 245.

4 PESSOA JURÍDICA E DETERMINAÇÃO DE AUTORIA

4.1 RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

As pessoas jurídicas são sujeitas de relações jurídicas e, assim como as pessoas físicas, contraem obrigações e possuem direitos. Personificadas, revelam-se inteiramente distintas das pessoas físicas que as compõem. No entanto, nas suas relações, as pessoas jurídicas são representadas por pessoas físicas, já que a representação é a única forma de exteriorização da vontade destes entes⁸⁸.

Parte da doutrina vem entendendo que as pessoas jurídicas devem ser incluídas como autoras de delitos, em especial nos crimes relacionados à lavagem de dinheiro. O Brasil é signatário de algumas convenções internacionais que obrigam ou sugerem a responsabilização das pessoas jurídicas⁸⁹. Outra parte se posiciona contrária à responsabilização penal dos entes jurídicos.

O STF já chegou a reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica independente da responsabilização de uma pessoa física (STF RE 548.181/PR) em caso de crime ambiental. Porém quando se trata de ilícito, pressupõe-se uma ação, que é relativo ao ser humano, o que é diferente de atividade, que pode ser atribuído às pessoas jurídicas. Então, dificilmente será isolada a responsabilidade da pessoa jurídica da pessoa física.

Alguns autores alemães acreditam que não é possível excluir totalmente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, deve ela existir ao menos de maneira complementar às pessoas físicas que agem em seu nome ou ainda suprir as carências de suas condutas, quando não se pode determinar a autoria individual⁹⁰.

⁸⁸ SANCTIS, Fausto Martins de. *Responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178.

⁸⁹ Por exemplo, o artigo 26 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. E também o artigo 10 da Convenção de Palermo, que entrou em vigor internacional, em 29 de setembro de 2003, e entrou em vigor para o Brasil em 28 de fevereiro de 2004.

⁹⁰ MARTIN, Luis Garcia. *La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: em

A constituição prevê em seu artigo 225, parágrafo terceiro, a punição penal e administrativa nos crimes ambientais para as pessoas físicas ou jurídicas. Mas no que tange aos crimes ambientais, a lei 9.605/98 não determina quais fatos constituem crimes de pessoa jurídica aos quais se deve aplicar pena restritiva de direitos. Também não há determinação quantitativa das penas aplicáveis. Podemos afirmar que a legislação não é clara quanto à aplicação de lei penal à pessoa jurídica.

Por este motivo, Luiz Luisi finaliza:

Conclusivamente se pode afirmar não ser possível sustentar-se que a Constituição vigente tenha consagrado inquestionavelmente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com o disposto da forma 'obscura' no § 3.º do art. 225. E, ainda, se se pudesse sustentar ser inequívoca a linguagem do texto legal acima mencionado, a presença na Constituição, como cláusulas pétreas, dos princípios da pessoalidade da pena e da culpabilidade, tornariam sem possibilidade de eficácia o parágrafo referido do art. 225 da Constituição Federal⁹¹.

Parte da doutrina internacional também se posiciona contrária à imputação penal a pessoas jurídicas, pelo princípio *societas delinquere non potest*. O principal fundamento se encontra na incapacidade de ação e culpabilidade da pessoa jurídica. Quem possui a capacidade de agir e possui conduta *culpável* são as pessoas físicas que realizam atos em nome da empresa. No entanto, os atos dos representantes de pessoa jurídica devem se ater à lei e aos seus estatutos. Obviamente, não existem estatutos que preveem ou autorizam os representantes legais agirem em desacordo com a legislação vigente em nome da empresa⁹².

O jurista Garcia Martín, em sua análise sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, verifica que a concepção tradicional dos instrumentos dogmáticos entrou em crise por encontrar dificuldades de aplicação e, portanto de realização de

defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.108.

⁹¹ LUISI, Luiz. *Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

⁹² MARTIN, Luis Garcia. *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 98.

suas funções práticas, no que se refere aos tipos de criminalidade surgidos da dialética entre os novos bens jurídicos e os modelos de atuação sobre eles, por meio de atividade empresarial⁹³. Seguindo o raciocínio, os instrumentos dogmáticos de autoria estão concebidos a partir das características tradicionais de crime onde o autor ou autores estão plenamente identificados pessoalmente com a realização do tipo. A atividade empresarial, no curso da qual ocorre uma lesão a um determinado bem jurídico, se caracteriza pela divisão entre ação e responsabilidade, de modo que muitas vezes quem executa a ação não é responsável e quem é não realiza nenhuma conduta típica.

Já falamos anteriormente sobre autoria mediata por domínio do fato por meio de aparatos organizados de poder, mas aqui não se trata de uma organização criada às margens do direito, mas uma pessoa jurídica legalmente criada com finalidades lícitas que, no decorrer de suas atividades, incorre em um ato ilícito, que pode lhe beneficiar ou apenas aos seus representantes, ou ainda a um funcionário que não tem poderes de representação, mas se utiliza da sua posição dentro da organização empresarial e conduz uma atividade que levará a uma lesão a um bem jurídico que lhe trará vantagens.

Como foi dito, a jurisprudência brasileira já atribuiu responsabilidade penal a pessoas jurídicas em alguns casos. Porém não nos parece que as teorias de crime que a doutrina já desenvolveu podem abranger as pessoas jurídicas no papel de autoras de atos ilícitos, pois todas as elas fazem referência a uma conduta, praticada por pelo menos um agente, ou seja, algum sujeito com capacidade de ação. As pessoas jurídicas não são capazes de ação, a não ser através dos seus representantes, que são pessoas físicas, sujeitos a quem se pode atribuir uma norma de conduta e uma sanção em caso de descumprimento.

Nas palavras de Luiz Regis Prado:

⁹³ MARTIN, Luis Garcia. *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 107

Em verdade, o princípio da pessoalidade da pena – *nenhuma pena passará da pessoa do condenado* (art. 5.º, XLV, da CF) – tradicionalmente enraizado nos textos constitucionais brasileiros, impõe que a sanção penal recaia *exclusivamente* sobre os autores materiais do delito e não sobre todos os membros da corporação (v.g., operários, sócios minoritários, etc.), o que ocorreria caso se lhe impusesse uma pena. Não há lugar aqui para outra interpretação senão a que liga a responsabilidade penal à realização de um comportamento *próprio*, sendo a responsabilidade *pessoal* sempre e exclusivamente de ordem *subjéctiva*. Afasta-se, desse modo, qualquer outra modalidade de responsabilidade penal (v.g. coletiva, pelo fato de outrem etc.). Tão somente em sentido técnico-jurídico pode ser denominada pessoa o ente moral⁹⁴.

Claro que quando ocorre um ilícito praticado por meio de uma pessoa jurídica, embora não se possa imputar sanções penais a ela, devem ser impostas medidas de segurança, como, por exemplo, a revogação de licenças, a exclusão de benefícios, ou até mesmo a suspensão das atividades por determinado tempo ou ainda a dissolução da sociedade (o que significa pena de morte para a pessoa jurídica).

No entanto, no que se refere a sanções penais, a responsabilização da pessoa jurídicas pode gerar uma crise nos princípios do concurso de pessoas, conforme acentua Dotti:

Como pensar na *vontade comum* inerente à concorrência, entre a pessoa física, vinculada ou não à empresa, e esta quando se procure estabelecer a natureza e o grau da *divisão de tarefas*? Haverá possibilidade de se reconhecer a coautoria entre a pessoa física e a pessoa jurídica? Como imaginar a hipótese de *instigação*, ou seja, da forma intelectual de participação pelo estímulo, que pressupõe a atividade psicológica de um agente em relação ao outro? Seriam muitas as situações espantosas desse festival de surrealismo promovido no cenário do processo penal. Alguns aspectos podem, desde já, ser abordados. Os agentes do Ministério Público federal e estadual podem continuar grafando nas denúncias a rotineira expressão “(...) os denunciados, adremente ajustados e em comunhão de desígnios (...)”; ou “os denunciados previamente conluídos entre si, um aderindo à vontade do outro (...)”, ou, ainda “os denunciados, livre e voluntariamente e em conluio (...)”? ⁹⁵

⁹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações*. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjéctiva*. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 135.

⁹⁵ DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjéctiva*. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 179.

4.2 COMPLIANCE

Embora boa parte da doutrina não considere a pessoa jurídica responsável criminalmente no sistema penal brasileiro assim como se apresenta, a jurisprudência tem atribuído às empresas sanções penais no caso de ilícito decorrente de atividade empresarial (em especial, crimes ambientais, que tem inclusive a “confusa” previsão constitucional do artigo 225, § 3.º da nossa constituição).

Visando mitigar os riscos de sofrer sanções penais e até mesmo administrativas – ou ainda os danos à imagem que um ilícito ligado à pessoa jurídica pode causar – as empresas vêm investindo em programas de governança e *compliance*.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em sua Convenção sobre o Combate da Corrupção, em vigor desde 1999, onde o Brasil figura como um dos 39 países signatários, preconiza boas práticas, controles internos, ética e *compliance* como diretrizes que deverão ser observadas.

As principais ferramentas de *compliance* utilizadas para nortear as ações dentro da pessoa jurídica são os códigos de ética e conduta, canal de denúncia (ouvidoria interna), treinamento e desenvolvimento sobre ética organizacional para os funcionários entre outros.

O chamado *criminal compliance*⁹⁶ é a ferramenta de controle, proteção e prevenção de ilícitos praticados no seio da empresa, e também almeja servir de ferramenta para transferir a responsabilidade penal para os indivíduos autores das condutas delitivas, a fim de evitar a responsabilização objetiva da pessoa jurídica.

Em nosso ordenamento jurídico, o *criminal compliance* assumiu diversas tarefas. Dentre elas, a prevenção e combate à lavagem de dinheiro, que ganhou força com a Lei 12.683/2012, e a anticorrupção, criada a partir da Lei 12.846/13.

⁹⁶ No Brasil, a lei 9.613/1998, alterada posteriormente pela lei 12.683/2012, institui uma série de diretrizes que devem ser observadas pelas pessoas jurídicas, com o intuito de evitar crimes de lavagem de dinheiro.

Devido à complexidade das relações sociais e os processo de globalização que permitiram o surgimento de práticas delitivas transnacionais foi necessária essa interdisciplinaridade do *compliance* com o direito penal⁹⁷.

Pode-se dizer então que o *criminal compliance* é uma forma de gestão estratégica de governança corporativa que deve ser implementada especialmente por instituições financeiras e econômicas de capital aberto (por se tratar de pessoas jurídicas objeto das leis de prevenção à lavagem de dinheiro e à corrupção) através de procedimentos padronizados passíveis de controle por uma agência fiscalizatória. Essas agências externas são chamadas de *compliance officers*.

A função dos *compliance officers* é garantir que as normas e a legislação sejam cumpridas pelas empresas na sua atividade, bem como evitar ou reduzir a sua responsabilidade penal.

Nas palavras de Barreto:

Não obstante, têm-se criado *compliance officers* visando a investigação de potenciais criminosos no âmbito de atuação da empresa. A discussão internacional reside nos deveres de comunicação que essas agências possuem no caso de encontrarem alguma atividade suspeita dentro da empresa e de sua responsabilidade penal. Ocorre que em alguns ordenamentos, os *compliance officers* ocupam uma posição de garante na empresa e por isso deve ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado e por ter a obrigação de cuidado, proteção e vigilância⁹⁸.

A legislação brasileira vislumbra a responsabilidade de impedir o ilícito por parte das empresas e das agências fiscalizatórias. A Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12, em seus artigos 10 e 11 estabelece para as pessoas jurídicas elencadas nela própria uma série de obrigações, chamadas de deveres de *compliance*. E em seu artigo 12 estabelece as sanções a quem descumpre esses deveres.

⁹⁷ BARRETO, Cássio de Alencar Teles. O criminal compliance à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Brasília: IDP/EDB, 2014. 62f. - (Monografia). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em < <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1831>>. Acesso em 10 jun 2017.

⁹⁸ BARRETO, Cássio de Alencar Teles. O criminal compliance à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Brasília: IDP/EDB, 2014. 62f. - (Monografia). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em < <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1831>>. Acesso em 10 jun 2017.

A Lei nº 12.846/13, em vigor desde janeiro de 2014, conhecida como lei anticorrupção, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Um dos objetivos desta lei é dificultar a prática de corrupção, fraudes em procedimentos licitatórios e outros atos que possam causar danos à Administração Pública, além de trazer regras mais rigorosas e sanções mais graves para quem causar esses danos.

Esta lei, bem como a Lei 8.429/92 (lei de improbidade administrativa), tem como preceito o artigo 37, §4º da Constituição Federal, porém é importante salientar que elas não se confundem. Isso porque a lei de improbidade pune somente o agente público, servidor ou não, que pratica atos contra a Administração Pública, desde que presente dolo ou culpa, tratando-se, portanto, de responsabilidade subjetiva, ao passo que a lei anticorrupção impõe penalidades para pessoas jurídicas, que são responsabilizadas objetivamente, independente de culpa ou dolo, em esfera civil e administrativa, não excluindo a responsabilidade da pessoa física responsável. Nota-se novamente que a legislação não estabelece responsabilidade penal à pessoa jurídica.

Outra razão para diferenciar a lei de improbidade da de anticorrupção é a possibilidade de haver acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pelos danos, podendo isentar ou reduzir a aplicação de penas.

A legislação brasileira que anuiu aos tratados internacionais dá conta da responsabilidade das pessoas jurídicas civil e administrativamente nos casos de lavagem de dinheiro e corrupção, porém não exige a responsabilidade – inclusive penal – das pessoas físicas envolvidas. Aqui entra a questão: podem as políticas de *compliance* adotadas pelas pessoas jurídicas ser critérios de responsabilidade penal das pessoas físicas?

A contratação de agências externas fiscalizatórias, os *compliance officers*, acaba por gerar outras dúvidas acerca da responsabilidade dos gestores. Nas palavras de Eliza Bianchi:

Outra situação que merece enfoque detido é a possibilidade de criminalização do *compliance officer*, também com enfoque na figura penal do garantidor, antes referida. Esse cenário é problemático, pois que a premissa é no sentido de ter havido assessoramento jurídico deficiente ou incompleto, e o gestor termina exposto ao risco de incorrer em responsabilidade penal, embora sua intenção não fosse a de cometer delito algum. Nessa hipótese, cabe pensar a conduta do *compliance officer* – ou mesmo do advogado no desempenho de tal função. Obviamente que o gestor que desconhecia o fato de sua conduta ser penalmente relevante poderá alegar erro de tipo, ou erro de proibição. Em ambos os casos, se o erro era transponível, as possibilidades são no sentido de ausência de responsabilidade do gestor, se o crime não for punível a título culposo; ou de reconhecimento da conduta culposa por parte do gestor (se houver previsão legal)⁹⁹.

E continua:

As decisões dos tribunais, contudo, são reticentes ao apreciarem (e reconhecerem) a existência de um erro de tipo ou erro de proibição, em especial nos casos em que o sujeito ativo atuou assessorado por defesa técnica consultiva (ou preventiva) profissional. No âmbito tributário, a existência de um advogado assessor pode, não raro, vir a ser interpretada como indício da existência de conduta determinada e dirigida à consecução de um resultado¹⁰⁰.

Quando se trata de pessoas jurídicas da Administração Pública, aos funcionários envolvidos se aplicação do artigo 317 do Código Penal, por incorrerem em corrupção passiva, e também o artigo 12 da lei de improbidade administrativa¹⁰¹.

Já da parte das pessoas jurídicas privadas, no que se refere às pessoas físicas envolvidas, o artigo 3º da lei anticorrupção afirma que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, que serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade, ou seja, neste caso a responsabilidade é subjetiva.

⁹⁹ BIANCHI, Eliza, 2011. “*Criminal compliance*” sob a ótica do estudo do risco. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18901/criminalcompliance-sob-a-otica-do-estudo-do-risco>>. Acesso em 12 jun 2017.

¹⁰⁰ BIANCHI, Eliza, 2011. “*Criminal compliance*” sob a ótica do estudo do risco. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18901/criminalcompliance-sob-a-otica-do-estudo-do-risco>>. Acesso em 12 jun 2017.

¹⁰¹ O artigo 317 do Código Penal prevê de dois a doze anos de reclusão e multa. O artigo 12 da Lei 8.429/92 (lei de improbidade administrativa) prevê perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

As mais altas posições dentro de uma empresa tem entre outras atribuições, o dever de vigiar e controlar as ações dos seus subordinados. Esse dever pode ser delegado ao *compliance officer* que assumiria uma posição de *garante delegado* das condutas adotadas pelos funcionários da empresa, assumindo inclusive uma responsabilidade penal por seus atos. De qualquer forma, parte da doutrina acredita que a cúpula da empresa, embora delegue as funções a um terceiro, ainda é responsável. Melhor explica Gustavo Britta Scandelari:

Seria, hoje, administrativa (do ponto de vista comercial) e socialmente recomendável tornar responsáveis (preenchidas determinadas condições), como autores, os membros da cúpula das empresas por terem ordenado, favorecido ou por não terem impedido condutas delitivas de seus subordinados. A isso se tem chamado de *autoria por posição de garantia*, “uma nova classe de autoria mediata” (apesar de o agente imediato ser, via de regra, plenamente responsável – o que a distingue da concepção tradicional de autoria mediata), que permite identificar como autores aqueles que praticaram a *infração de um dever* previamente conhecido e formalmente assumido¹⁰².

Novamente, voltamos à esfera do concurso de pessoas, que poderão ser punidas a medida individual de sua culpabilidade. Por este motivo, novamente será necessário nos debruçarmos sobre a teoria do domínio do fato, para avaliar a possibilidade de atribuição da autoria em crimes cometidos por meio de empresa.

4.3 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO EM CRIMES COMETIDOS POR MEIO DE EMPRESAS

A imputação de administradores pela prática de crimes simplesmente por constarem no contrato social de uma empresa vem sendo rechaçada através de teses defensivas, mesmo existindo posições que admitem a denúncia genérica sob o argumento de que esta é possível quando a mesma conduta é imputada a todos os acusados, não havendo como pormenorizar a conduta individual de cada um¹⁰³.

¹⁰² SCANDELARI, Gustavo Britta. *As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem*. In GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.) *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 168.

¹⁰³ BIANCHI, Eliza, 2011. “*Criminal compliance*” sob a ótica do estudo do risco. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18901/criminalcompliance-sob-a-otica-do-estudo-do-risco>>. Acesso em 12 jun 2017.

No que confere às teorias alemãs, o professor Pablo Afllen realizou esmerada pesquisa em sua obra sobre o tema e também pesquisou sobre a inaplicabilidade da teoria do domínio do fato (em especial a de Roxin, que trabalha com a ideia de domínio do fato por aparatos organizados de poder) nos casos de crimes cometidos por meio de empresas.

Segundo Afllen, o próprio Roxin rechaça a ideia de aplicabilidade da sua teoria ao âmbito dos crimes cometidos por meio de organizações empresariais por diversos motivos.

O primeiro deles se refere à origem da concepção da teoria. Ela foi criada para determinar a autoria mediata nas hipóteses de delitos praticados por meio de aparatos estatais ou paraestatais. O emprego nos casos de criminalidade empresarial é duvidoso, mas foi utilizado inclusive pela jurisprudência alemã, o que fez com que o jurista alemão se manifestasse contrário à aplicação neste contexto¹⁰⁴.

Outra razão para o rechaço é que, para Roxin, as empresas econômicas que não estão envolvidas em atividade criminosa desde o seu início não atuam desvinculadas do direito, então não se trata de organizações criminosas. O ilícito causa a interrupção da conduta normal da empresa, desvirtuando-a do seu objetivo como organização vinculada ao direito, o que não seria uma ação do aparato, mas contrária ao aparato¹⁰⁵.

Continuando com os motivos levantados por Roxin para defender a inaplicabilidade da sua teoria do domínio do fato aos crimes cometidos em âmbito empresarial, Afllen afirma que o jurista refere que nas empresas, em especial as econômicas, falta a fungibilidade daqueles que executam as condutas delitivas, o que acaba por afastar novamente a aplicação da teoria do domínio do fato por organização dos crimes praticados por meio de empresas¹⁰⁶.

¹⁰⁴ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145.

¹⁰⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145-146.

¹⁰⁶ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 146.

Por derradeiro, Alflen elenca mais um argumento de Roxin para refutar de vez a aplicação da teoria do domínio do fato por organização, qual seja, a falta de disposição elevada ao fato. O jurista alemão entende que o cometimento de delitos pelos integrantes de uma pessoa jurídica traz consigo o risco punição de perda do lugar na empresa, portanto, esse normalmente não é o seu objetivo maior¹⁰⁷.

E no que tange à causalidade, no que se refere ao agente delegado para cumprir o dever de controlar a conduta dos subordinados, seja um administrador da própria empresa, seja uma agência externa contratada para assumir a função de *compliance officer*, Roxin comenta que, é muito difícil saber se sua ação adotada como garante (tanto do delegante como do delegado) evitaria o resultado¹⁰⁸.

Apesar de todas as considerações de Roxin, a jurisprudência alemã aplica de forma corrente a teoria do domínio do fato por organização no julgamento de seus casos de crimes cometidos por pessoas jurídicas¹⁰⁹ o que acaba por desvirtuar a ideia original do autor.

No contexto normativo brasileiro, como falamos anteriormente, a legislação fornece respaldo para delimitação de autoria, pois admite a autoria mediata com executor punível (artigo 62, I, II, e III do Código Penal), assim como os dirigentes de empresa (parágrafo único do artigo 3º da Lei 9.605/98, por exemplo), o que permite, segundo o professor Alflen que se possa analisar a aplicabilidade dos critérios desenvolvidos nesse sentido aos desideratos praticados por meio de organizações empresariais à luz da tripartição dogmática e da teoria do domínio do fato.

Na interpretação de Alflen, a concepção de autoria direta como domínio do resultado pode ser aplicada ao âmbito empresarial, especialmente no que toca ao empresário individual, posto que ele próprio “exerce o controle direto sobre o fato típico causador da ofensa ao bem jurídico, ou seja, controla por si mesmo a

¹⁰⁷ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 146-147.

¹⁰⁸ SCANDELARI, Gustavo Britta. *As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem*. In GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.) *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p.170. Observar também as notas de rodapé.

¹⁰⁹ Para conferir os exemplos e saber mais detalhadamente, ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 147-150.

realização, interrupção, impedimento ou continuidade da ofensa”¹¹⁰. No entanto, quando nos referimos a um gerente de instituição financeira, que possui pouca ou quase nenhum poder para decidir estratégias ou operações, a questão fica mais difícil. A simples posição de gerente, no que se refere ao controle inerente ao seu cargo, não é suficiente para se lhe atribuir condição de autor¹¹¹. Isso significa que não há responsabilidade penal pela simples posição ocupada, mas pelas condutas praticadas que geraram intencionalmente (estão sob seu domínio) a ofensa a um bem jurídico.

Ou ainda é possível atribuir a conduta culposa por negligência, se entre as atribuições do gerente estava a de autorizar a conduta do seu subordinado e o mesmo o fez de maneira displicente, sem a devida diligência. Se prevista a tipicidade do delito na modalidade culposa, poderá ser o gerente penalizado.

Da mesma forma, o fato de figurar como sócio no contrato social da empresa não caracteriza coautoria. Isso configuraria responsabilidade penal objetiva, o que é inadmissível em nosso ordenamento jurídico.

Quanto à autoria mediata, deve-se lembrar de que o instrumento não é a empresa, mas a sua estrutura organizacional compreende as circunstâncias do fato. O instrumento, punível no caso, possui uma disposição condicionada à prática do ilícito¹¹². Sob esta ótica, não vemos como as políticas de *compliance* adotadas pela empresa poderiam determinar critérios de atribuição de responsabilidade. Não parece viável a possibilidade de, dentro da organização hierárquica de uma empresa, os responsáveis por implementar um programa de *compliance* serem punidos por algum crime praticado por terceiro. Se, dadas as evidências que algo errado aconteceria, os responsáveis não investigaram, pode-se atribuir a eles uma conduta negligente nas atribuições da sua função empresarial. Se a omissão foi intencional, não se tem um crime praticado por terceiros, mas um concurso de

¹¹⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 235

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.37.

¹¹² ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 240.

pessoas, que deverá ser analisada à luz da teoria do domínio do fato mais aplicável ao sistema penal nacional.

Reproduzimos mais um trecho da obra do professor Alflen, que tão bem ilustra a situação em questão:

Ademais, a análise da posição hierárquica ou ocupação de cargo para aferição da autoria mediata é aspecto desnecessário sob o ponto de vista dogmático, embora seja materialmente oportuno em alguns casos. Melhor esclarecendo, a ideia de posição hierárquica não é critério objetivo necessário para aferir autoria mediata, porém, eventualmente, sob o ponto de vista fático-concreto pode ser útil para identificar o poder de gestão. De qualquer forma, sempre se dependerá da observância do efetivo poder de condução do fato, independentemente da posição ocupada pelo autor mediato.

Podemos observar que, por ser a estrutura empresarial circunstância do fato, o instrumento escolhido pelo autor mediato não precisa ser, necessariamente, alguém hierarquicamente inferior.

5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O presente estudo procurou identificar na doutrina a possibilidade de se utilizar as políticas de *compliance* como critério de autoria de crime de acordo com ordenamento jurídico penal brasileiro.

Para tanto, fez-se uma pesquisa inicial sobre os tipos de injustos – o culposos, com sua definição, elementos, modalidades e espécies; e o doloso, juntamente com as teorias do dolo desenvolvidas ao longo da história, seus elementos e espécies –, depois entramos na esfera da culpabilidade para encontrar suas características principais, descrever as teorias, e ainda as causas exculpantes de condutas típicas.

Estas questões iniciais serviram de base para, posteriormente, falarmos dos conceitos clássicos de autor, o extensivo e o restritivo. Em seguida pudemos esclarecer as teorias sobre o concurso de pessoas e enquadrar o sistema penal brasileiro na teoria unitária temperada, no qual que todos os agentes concorrem para o mesmo crime, sendo aplicadas penas diferentes de acordo com sua culpabilidade.

Na sequência, foi apresentado o conceito de participação, os casos de instigação e cumplicidade, que, por conta do nosso sistema unitário, incidem no mesmo tipo penal, sendo diferenciado apenas na aplicação da pena.

Neste ponto, o estudo já estava direcionado para a pesquisa para os crimes dolosos. Ainda na doutrina alemã nos detivemos nas teorias final, de Welzel, e funcional, de Roxin, do domínio do fato para verificar como se aplicam na jurisprudência, inclusive na nossa, de maneira por vezes incongruente.

A teoria funcionalista do domínio do fato de Roxin também se divide em autoria direta, coautoria e autoria mediata. O aspecto mais relevante para nossa pesquisa se encontra nas definições de autoria mediata, chamada de domínio da vontade, que, por sua vez, se subdivide em três. Destas três subclassificações, nos atentamos para a que visávamos poder utilizar nos complexos crimes cometidos no

âmbito de uma empresa, qual seja o domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder.

Quando se fala em autoria mediata, lembramos prontamente das opções fornecidas pelos juristas alemães sobre o tipo de instrumento que deve ser inculpável ou, ao menos, impunível. Somente esta questão nos afastaria imensamente da aplicação da teoria do domínio do fato tal qual os alemães a conceberam.

O ordenamento brasileiro abrange a figura do executor culpável sem descaracterizar o autor mediato, identificando-o como autor, não como mero instigador ou indutor. Por este motivo, uma concepção própria, tendo como base o nosso regramento se fez necessária.

Como averiguado na teoria ontológico-relacional do domínio do fato, devemos primeiramente identificar a ofensa ao bem jurídico tutelado e quem figura como *ofensor*, quem diretamente provocou a lesão ou expôs ao perigo o bem jurídico (autor direto). Identificado, pois, o executor do delito, verificamos se foi somente por sua vontade que se produziu o resultado típico. Se houve alguma participação na execução por parte de outras pessoas, poderemos classificá-las como coautoras ou meros partícipes. Se não houve interferência na execução, mas houve outra vontade interferindo no curso do fato típico, sem a qual o resultado fosse não seria realizado pelo executor, temos a possibilidade de identificar um instigador ou o autor mediato do ato ilícito penal. O que fará a diferenciação entre estas duas qualificações será o domínio do fato.

E, de tudo que se falou sobre as teorias do domínio do fato, tem-se por obrigação adotar aquela que pode se enquadrar em nosso ordenamento jurídico, que repetimos agora: *domínio do fato é a possibilidade de controlar, em razão do poder de condução a realização típica e o conseqüente resultado delitivo, o qual seria a ofensa ao bem jurídico.*

Esse poder de condução, na legislação brasileira se estende à autoria mediata com executores puníveis, que não tiveram sua vontade tolhida, nem mesmo

foram levados a erro, mas deixaram-se conduzir por outrem para concretizar a ofensa ao bem jurídico.

Também foi possível elencar alguns motivos pelos quais não se pode atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas. Como vimos, o ente empresarial, em que pese ter a possibilidade de sofrer algumas sanções da esfera civil e administrativa, não pode figurar como autor em infração penal.

Falta à pessoa jurídica, embora haja doutrina que se posicione em contrário, elementos para a imputação penal, como por exemplo, a capacidade de culpabilidade, que é subjetiva.

Nessa concepção, podemos compreender a complexidade própria da criminalidade praticada por meio de organizações empresariais. Por esta razão, o último capítulo tratou de descrever a responsabilidade da pessoa jurídica e as práticas de *compliance* criadas a fim de prevenir e combater a prática de delitos (em especial os delitos econômicos) nos ambientes corporativos.

Não se pode atribuir, por exemplo, autoria mediata a um gerente administrativo no caso de um delito cometido por seu subordinado, simplesmente pelo cargo que exerce. Essa responsabilidade de supervisionar seus subordinados, de acordo com as políticas empresariais de *compliance* adotadas, é objetiva apenas no âmbito empresarial e pode acarretar sanções apenas dentro da organização. Penalmente, sua conduta é que servirá de critério de determinação de autoria. Se agir de maneira negligente ao avaliar uma transação financeira, sem observar os possíveis riscos de fraude, responderá pelo crime de maneira culposa, se prevista a modalidade culposa para o crime cometido.

Da mesma forma os subordinados que executam tarefas de maneira fragmentada e tem a visão de que o resultado conjunto de suas atividades configurará uma ofensa a um bem jurídico, são agentes culpáveis, porém sem o domínio do fato, que está nas mãos de quem pode controlar a condução das ações para gerar resultado diverso.

A questão principal levantada por este trabalho era: poderiam os mecanismos de *compliance* servir de critérios para a determinação da autoria?

Ao final deste estudo chega-se à conclusão que isto não é possível. O dever de controle assumido pelo *compliance officer* não atribui objetivamente a responsabilidade penal de eventuais ilícitos praticados. A omissão do dever de vigiar as ações dos seus subordinados pode, se de maneira culposa, e prevista tal modalidade na letra da lei, gerar responsabilidade penal aos administradores da empresa ou a quem ficou delegado o dever de controlar as condutas dos seus subordinados. Porém, deve-se salientar que tudo depende da conduta do agente (a conduta omissiva também pode ser verificada). Se a omissão for intencional, ainda assim, deve-se verificar se, dentro do domínio do fato ilícito em questão e dentro da estrutura de poder implementada na empresa, poderia o *compliance officer* agir de forma diferente para determinar seu grau de culpabilidade.

Pode-se concluir, a partir destas considerações, que a estrutura de hierarquia que serve para melhor governança e controle das atividades da empresa, atribuindo responsabilidades diferentes aos diversos níveis de cargos exercidos em um ambiente corporativo acaba por não determinar autoria, posto que é a conduta efetivamente praticada que a delimita, e que a autoria mediata prescinde de posto hierarquicamente superior, basta encontrar um executor com disposição condicionada, podendo ocorrer inclusive no fluxo inverso da hierarquia.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.
BARRETO, Cássio de Alencar Teles. O criminal compliance à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Brasília: IDP/EDB, 2014. 62f. - (Monografia). Instituto Brasiliense de Direito Público.

BIANCHI, Eliza, 2011. “**Criminal compliance**” **sob a ótica do estudo do risco**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18901/criminalcompliance-sob-a-otica-do-estudo-do-risco>>. Acesso em 12 jun. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o Mercado de Capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOTTINI, Pierpaulo Cruz. **O que é compliance no âmbito do Direito Penal?**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em 03 mar. 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.429/1992**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 17 jun. 2017

BRASIL. **Lei nº 9.605/1998**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.613/1998**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em 17 jun. 2017

BRASIL. **Lei nº 12.683/2012**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12683.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.846/2013**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12846.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz S. **Dolo de primeiro e segundo graus**. Jornal Carta Forense, São Paulo: 04/11/2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/dolo-de-primeiro-e-segundo-graus/17096>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal I**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARVALHO, Rodrigo Cesar Picon de. **Diferença entre dolo eventual e culpa consciente**. DiretoNet: 05/05/2015. Disponível em <<http://www.diretonet.com.br/artigos/exibir/9076/Diferenca-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciente>>. Acesso em 21 abr. 2017.

COSTA, Heitor. **Teoria dos delitos culposos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

CRESPO, Aderlan, **Curso de criminologia**: as relações políticas e jurídicas sobre o crime. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009;

GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.) **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015;

HERZMANN, Edgar. **Excesso na legítima defesa**: a emoção como causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 132, jan 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15678#_ftnref47>. Acesso em 19 abr. 2017.

LIRA, Michael Pereira de. **O que é compliance e como o profissional da área deve atuar**. Disponível em: <<https://michaellira.jusbrasil.com.br/artigos/112396364/o-que-e-compliance-e-como-o-profissional-da-area-deve-atuar>>. Acesso em 03mar2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACHECO, Tiago Marques. **Elementos do dolo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22/01/2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55092&seo=1>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SÁ, Simone de. **Culpabilidade**: da teoria psicológica à teoria normativa pura e sua consolidação como princípio. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eb453b86e59bbc3c>>. Acesso em 25 abr. 2017.

SANCTIS, Fausto Martins de. **Responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.