

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
*CAMPUS* AVANÇADO GOVERNADOR VALADARES  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Daniel Álefe Gouvêia de Mello

**RESPONSABILIZAÇÃO PENAL  
NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE CORPORATIVA**

Governador Valadares - MG

2022

Daniel Álefe Gouvêia de Mello

**RESPONSABILIZAÇÃO PENAL  
NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE CORPORATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - *campus* Governador Valadares, como requisito parcial à obtenção da graduação em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Guilherme Gouvêa Figueiredo

Governador Valadares

2022

Daniel Álefe Gouvêia de Mello

**RESPONSABILIZAÇÃO PENAL  
NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE CORPORATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - *campus* Governador Valadares, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Gouvêa Figueiredo

Aprovado em 24 de fevereiro de 2022.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Guilherme Gouvêa Figueiredo - Orientador  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Profa. Ma. Nayara Rodrigues Medrado  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Me. Renato Santos Gonçalves  
Universidade Federal de Juiz de Fora

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a imputação de responsabilidade penal de superiores hierárquicos em estruturas empresariais, tanto por crimes comissivos quanto omissivos, a partir de uma pesquisa teórica com revisão da literatura jurídico-dogmática acerca da aplicação da teoria do domínio do fato em comparação com a concepção tradicional do concurso de pessoas previsto no Código Penal brasileiro. A partir dessa análise, poder-se-á sugerir renovadas estratégias jurídico-dogmáticas de forma a solucionar situações concretas de responsabilização penal em cenários empresariais. À vista disso, num primeiro momento, examinar-se-á os critérios de incidência da teoria do domínio do fato e as distinções do sistema diferenciador de autor, assim como as formas de imputação penal à luz da citada teoria e sua aplicabilidade em estruturas empresariais. Posteriormente, no tocante aos crimes comissivos por omissão, amparado nas teorizações acerca da responsabilidade omissiva imprópria, serão explorados seus pressupostos e requisitos de aplicação, levando-se em consideração a posição de garantidor de dirigentes empresariais, notadamente o conteúdo dos deveres jurídicos de seus titulares, para além das disposições normativas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminalidade Corporativa. Imputação Penal. Teoria do Domínio do Fato. Omissão Imprópria. Concurso de Pessoas.

## **ABSTRACT**

The present study aims to analyze the criminal responsibility imputation of hierarchical superiors in business structures, both for commissive and omissive crimes, from a theoretical research with a review of the legal-dogmatic literature on the application of the theory of the domain of fact in comparison with the traditional conception of the contest of people foreseen in the Brazilian Penal Code. From this analysis, renewed legal-dogmatic strategies will be suggested in order to solve concrete situations of criminal liability in business scenarios. In view of this, at first, the criteria of incidence of the theory of the domain of fact and the distinctions of the differentiating author system will be examined, as well as the forms of criminal imputation in the light of the aforementioned theory and its applicability in business structures. Subsequently, with regard to commissive crimes by omission, supported by the theories about improper omissive liability, their assumptions and application requirements will be explored, considering the position of guarantor of business leaders, notably the content of the legal duties of their holders, in addition to the regulatory provisions.

**KEYWORDS:** Corporate Criminality. Criminal Imputation. Domain Theory of the Fact. Improper Omission. Concourse of People.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1. INTRODUÇÃO</b> .....  | <b>8</b>  |
| <b>2. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL DE DIRIGENTES EMPRESARIAIS</b> .....                            | <b>9</b>  |
| 2.1. Pressupostos introdutórios .....   | 9         |
| 2.2. Sistema unitário de autor .....  | 11        |
| 2.3. Responsabilização em crimes comissivos dolosos e comissivos por omissão .....                        | 12        |
| <b>3. IMPUTAÇÃO DE SUPERIORES HIERÁRQUICOS A PARTIR DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO</b> .....                | <b>13</b> |
| 3.1. Aspectos introdutórios: análise do sistema diferenciador de autor.....                               | 13        |
| 3.2. Formas de responsabilização penal à luz da teoria do domínio do fato.....                            | 15        |
| 3.2.1. <i>Autoria imediata (domínio da ação)</i> .....  | 15        |
| 3.2.2. <i>Coautoria (domínio funcional do fato)</i> .....   | 16        |
| 3.2.2.1. <i>Estruturas horizontais</i> .....  | 16        |
| 3.2.2.2. <i>Estruturas verticais</i> .....  | 17        |
| 3.2.2.3. <i>Ausência de plano comum</i> .....   | 18        |
| 3.2.2.4. <i>Ausência de contribuição relevante</i> .....  | 20        |
| 3.2.3. <i>Autoria mediata (domínio da vontade)</i> .....  | 22        |
| 3.2.4. <i>Domínio da organização por meio de aparatos organizados de poder</i> .....                      | 23        |
| 3.2.4.1. <i>Aplicabilidade em contextos empresariais</i> .....  | 24        |
| 3.3. Análise da participação comissiva nas formas de instigação e cumplicidade.....                       | 26        |
| 3.4. Resultados parciais.....   | 27        |
| <b>4. RESPONSABILIZAÇÃO DE DIRIGENTES NA MODALIDADE OMISSIVA IMPRÓPRIA</b> .....                          | <b>28</b> |
| 4.1. Pressupostos introdutórios .....   | 28        |
| 4.2. A posição de garantidor de dirigentes empresariais .....   | 30        |
| 4.2.1. <i>Garantidores primários e secundários: deveres jurídicos de vigilância e de supervisão</i> ..... | 34        |
| 4.2.2. <i>Aplicação do princípio da autorresponsabilidade</i> .....                                       | 37        |
| 4.2.3. <i>Extensão do dever jurídico de vigilância</i> .....  | 38        |
| 4.3. Análise da autoria e participação no delito omissivo impróprio .....                                 | 39        |
| 4.4. Resultados parciais.....   | 40        |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>5. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO CONCURSO ENTRE RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA E COMISSIVA .....</b> | <b>40</b> |
| <b>6. CONCLUSÃO .....</b>  | <b>42</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>44</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

Com o julgamento do mensalão (Ação Penal n.º 470 do STF), a teoria do domínio do fato reverberou na jurisprudência e dogmática brasileira, sobretudo no tocante à sua aplicação para a criminalidade corporativa. Nesse sentido, inserida num contexto de combate à impunidade perpetrada por agentes públicos, essa teoria objetivou, a princípio, responsabilizar na seara penal as classes tidas como impunes à persecução penal, como “a classe política, cúpula de bancos e agências publicitárias”<sup>1</sup>.

Situações mais recentes como a Operação Lava-Jato, delitos financeiros cometidos em instituições bancárias e os casos de rompimento de barragem nas cidades de Mariana e Brumadinho demonstram a importância de se discutir a punição de dirigentes empresariais por delitos cometidos por demais membros da mesma empresa, mormente diante dos distintos momentos entre o processo de tomada de decisões e a ação executivamente orientada.<sup>2</sup> Deveras, esse descompasso entre decisão e ação por vezes inviabiliza a responsabilização criminal de um comportamento comissivo de superiores entre a realização do tipo penal e sua posição dentro da estrutura hierárquica empresarial, fato que é mitigado pela responsabilização omissiva imprópria.

Com efeito, a prática de crimes empresariais foi descortinada por Sutherland ao analisar o *modus operandi* da criminalidade de colarinho branco consistente em crimes empresariais cometidos contra *consumidores, acionistas e contra o próprio Estado* – como fraude fiscal e suborno de funcionários públicos<sup>3</sup>. Como exaustivamente evidenciado pelo autor, a criminalidade de empresa é persistente, deliberada e organizada, de modo que, comumente, empresários costumam manifestar desprezo pelas normas estabelecidas e pelos agentes públicos.<sup>4</sup>

Além disso, Sutherland também constatou a diferença do tratamento dispensado pela opinião pública em relação ao “homem de negócios” e aos ladrões profissionais, a partir da *caracterização geral* construída e do *tipo ideal* de criminoso socialmente reconhecido. Enquanto que o primeiro concebe a si mesmo como um cidadão respeitável (e o público também o considere assim), ao ladrão profissional é reservada a figura do criminoso, sendo tratado dessa

---

<sup>1</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 82.

<sup>2</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal...*, p. 29.

<sup>3</sup> SUTHERLAND, Edwin. *Crimes de colarinho branco...*, pp. 79-87.

<sup>4</sup> Sobre a ineficácia preventiva da legislação em crimes de colarinho branco, cf. FIGUEIREDO. *Direito penal secundário...*, pp. 298-343.



forma pela opinião pública<sup>5</sup> <sup>6</sup>. Ainda destacando o modo pelo qual a cifra oculta da criminalidade se retroalimentava, Sutherland desenvolveu a *teoria da associação diferencial*, demonstrando, em suma, que a conduta criminosa é *aprendida* através de um processo comunicativo e interativo com outras pessoas pertencentes às classes altas, favoráveis e tendentes à violação da lei<sup>7,8</sup>.

Sob outro prisma, é sabido que a criminalidade empresarial tem utilizado instrumentos e técnicas cada vez mais sofisticadas e complexas, o que exige de todos os atores do sistema de justiça uma *contínua especialização* na persecução criminal. Esse cenário implica num pensamento de *combate à impunidade e da recuperação de ativos*, ancorado num *Direito Penal eficaz* e na mitigação de pressupostos clássicos de *imputação e individualização da responsabilidade penal*.<sup>9</sup>

À vista de todo esse diagnóstico delineado, impõe-se a necessidade de uma investigação teórica com revisão da literatura jurídico-dogmática acerca da aplicabilidade teórica do domínio do fato, em comparação com a sistemática tradicional de concurso de pessoas prevista no art. 29, *caput*, do Código Penal, no intuito de desvelar, concretamente, se ela amplia ou restringe a punibilidade de superiores hierárquicos<sup>10</sup>. Em um segundo momento, analisar-se-á a responsabilidade penal a título de omissão imprópria perpetrada por superiores hierárquicos em estruturas empresariais, levando-se em consideração a posição de garantidor de seus dirigentes, desenvolvendo-se analiticamente o conteúdo de alguns deveres jurídicos correlatos aos seus titulares, para além de considerações essencialmente formais.

## **2. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL DE DIRIGENTES EMPRESARIAIS**

### **2.1. Pressupostos introdutórios**

Antes de abordar detidamente a teoria do domínio do fato, é crucial estabelecer os pressupostos para a análise teórica, de forma a orientar todo o raciocínio jurídico-dogmático,

---

<sup>5</sup> SUTHERLAND, Edwin. Crimes de colarinho branco..., pp. 79-87.

<sup>6</sup> Cf. FIGUEIREDO. Crimes de colarinho branco...pp. 187-214.

<sup>7</sup> SUTHERLAND, Edwin. *Op. cit.*, pp. 79-87.

<sup>8</sup> Cf. FIGUEIREDO. A teoria dos white-collar crimes..., p. 424.

<sup>9</sup> RIOS; CASTRO. A responsabilização criminal..., p. 70.

<sup>10</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 83.

expor os fundamentos gerais do domínio do fato e, somente então, propor soluções para eventuais obstáculos a serem superados ao longo deste trabalho.

Primeiramente, convém enfatizar que “não há responsabilidade [criminal] pela simples detenção de uma posição”<sup>11</sup>, isto é, o mero fato de o agente possuir um determinado cargo e/ou exercer uma função, dentro de um certo organograma empresarial, por si só, não implica na sua responsabilização penal. Desse modo, é de se ressaltar que o Direito Penal incide sobre o comportamento do agente, responsabilizando-o na medida de sua culpabilidade, e não simplesmente pelo fato de o sujeito deter uma posição<sup>12</sup>.

Examinar-se-á, posteriormente, conforme o entendimento tradicional, o modo pelo qual ocorre a imputação da prática de um delito ao superior hierárquico em cenários empresariais, assim como buscar-se-á evidenciar como tal imputação é realizada a partir da concepção de domínio do fato.

Em comum a ambas, pode-se afirmar que tanto a concepção tradicional quanto a teoria do domínio do fato exigem uma ação<sup>13</sup>, isto é, o ato de ordenar a que se proceda de determinada forma, ou omissão<sup>14</sup>, consistindo em não ordenar a que se aja de determinada maneira. Tal discussão adquire novos contornos no tocante à responsabilização omissiva, na medida em que será preciso comprovar que o dirigente da empresa estava na posição de *garante*, principalmente naquelas situações de riscos produzidos em razão do uso de produtos postos pela empresa no comércio.

Nesse ponto, com base nas contribuições de Schünemann, citado por Greco e Assis, o debate é redirecionado ao estabelecimento de justificativas e fundamentos sobre um dever de

---

<sup>11</sup>GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 83.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>13</sup> Para os fins deste trabalho, compreende-se *ação* enquanto *manifestação da autonomia* dos envolvidos. Como evidenciado por Leonardo Bem e João Martinelli, “a autonomia de comportamento, por conseguinte, pode estar presente na conduta do *agente*, quando este for imputável e estiver livre de coação e fraude, e na conduta da *vítima*, que aceita a agressão ao interesse tutelado. A ausência de autonomia da vítima ou sua resistência ao dano legitimam a aplicação da lei penal, de forma a ressaltar a função de proteção de bens jurídicos. Se a finalidade do direito penal é limitar o poder punitivo do Estado na proteção de bens jurídicos, quando o titular do bem abre mão dessa tutela, nada pode ser feito na esfera penal”. Cf. BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo O. *Lições fundamentais...*, p.469.

<sup>14</sup> Conforme Bem e Martinelli, “a doutrina majoritária com razão entende ser a omissão não apenas um conceito naturalístico, mas um conceito *jurídico-penal*. A omissão não consiste num mero comportamento passivo, e sim em se abster de fazer algo que deveria ser feito. Formula-se o conceito de omissão típica como um comportamento consistente em um ‘não fazer’, normativamente desvalorado”. Cf. BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo O. *Lições fundamentais...*, p.575.

garantidor dos dirigentes<sup>15</sup>, capaz de fundamentar materialmente o nexo de causalidade entre a conduta do superior e o resultado produzido.

## 2.2. Sistema unitário de autor

Nos termos do art. 29, *caput*, do Código Penal: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”<sup>16</sup>. Segundo a concepção tradicional, esse artigo expressa a incorporação de um sistema unitário e um conceito extensivo de autor no Código Penal brasileiro. Nas palavras de Greco e Assis:

Sistema *unitário*, porque todos os que concorrem são autores, não se diferenciando autor e partícipe nem para fins de fixação do marco penal cabível; e conceito *extensivo*, porque todos que concorrem para o crime realizam o tipo. *Concorrer*, por sua vez, é compreendido no sentido causal, de forma que concorre para o crime quem tiver praticado uma ação sem a qual o resultado não teria ocorrido ou tiver omitido uma ação que, caso praticada, teria evitado o resultado (*conditio sine qua non*), nos termos da definição legal de causa contida no art. 13, *caput*, CP<sup>17</sup>.<sup>18</sup> [grifos do autor]

É dizer, portanto, que em um modelo ancorado em uma definição extensiva de autor não se faz diferenciações entre autoria e participação, ou tal distinção é somente realizada num âmbito meramente conceitual, de forma a se estabelecer um marco penal de todos aqueles que concorreram causalmente para a produção do resultado, ideia trazida pelo *sistema unitário funcional*.<sup>19</sup>

Portanto, depreende-se que a sistemática unitária adotada pelo Código Penal brasileiro consegue responsabilizar satisfatoriamente, por exemplo, um superior hierárquico de uma empresa, uma vez que, a despeito de ser distinguido como autor ou partícipe, é suficiente que tal superior tenha contribuído de forma causal para o delito, isto é, concorrido para o cometimento de determinada infração penal para que seja responsabilizado.

---

<sup>15</sup> Os juristas Luís Greco e Augusto Assis enfatizam as contribuições de Schünemann realizadas a partir do desenvolvimento da jurisprudência alemã no tocante à imputação penal de dirigentes da empresa diante de atos cometidos por seus inferiores hierárquicos. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, p. 70 e ss. *apud* GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 84.

<sup>16</sup> Convém tecer breves considerações acerca da expressão “na medida de sua culpabilidade”. Esse termo somente promove a “individualização do injusto, da culpabilidade e da pena”, finalidades de qualquer sistema unitário, incumbindo ao magistrado a análise fundamentada das contribuições de cada agente durante a dosimetria da pena. Cf. GRECO; TEIXEIRA. *Autoria como realização do tipo...*, pp. 69-70.

<sup>17</sup> Código Penal. “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

<sup>18</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 85.

<sup>19</sup> GRECO; TEIXEIRA. *Autoria como realização do tipo...*, p. 51.

### 2.3. Responsabilização em crimes comissivos dolosos e comissivos por omissão

No modelo *tradicional* de responsabilização do agente, em se tratando de crime comissivo doloso<sup>20</sup>, fala-se nos seguintes pressupostos de punibilidade: “resultado, conduta, causalidade, imputação objetiva, dolo, antijuridicidade e culpabilidade”<sup>21</sup>, em que pese não sejam objeto de estudo de trabalho.

A título ilustrativo, suponha-se que um gerente tenha determinado a um funcionário a produção e a venda de um determinado produto, o qual comprovadamente provoca a morte do consumidor final. Para além da responsabilização em outras searas (cível e consumerista, por exemplo), no âmbito criminal, o dirigente poderá responder pelo crime de homicídio (previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal), delito que teve por resultado a morte do comprador a partir do comando derivado do comportamento do gerente<sup>22</sup>.

Pela aplicação do art. 29, *caput*, do Código Penal e inexistindo causas excludentes de antijuridicidade ou de exculpação, está demonstrado o vínculo jurídico existente entre a conduta praticada pelo gerente e o resultado morte provocado, haja vista atender ao requisito *concorrer* para a ocorrência do crime ao realizar uma ação sem a qual a consequência não teria ocorrido. Além disso, além do dolo existente em sua conduta, é perceptível que o gerente criou o risco para que o evento morte acontecesse<sup>23</sup>.

Noutra análise, no que se refere à omissão imprópria<sup>24</sup>, tem-se as seguintes condições para punir o dirigente: “resultado, comportamento omissivo apesar da possibilidade física de agir, causalidade hipotética, imputação objetiva, posição de garantidor (art. 13, § 2.º, CP), dolo, antijuridicidade, culpabilidade”<sup>25</sup>. Convém salientar que este trabalho delimitar-se-á a investigar os fundamentos da posição de garantidor de um superior hierárquico em contexto empresarial.

---

<sup>20</sup> O crime comissivo é aquele cometido por meio de uma *ação humana*. Segundo de Bem e Martinelli, “o tipo descreve uma conduta ativa, uma ação que atente contra o bem jurídico”, de modo que a atuação do agente produz uma *situação de perigo ao bem jurídico tutelado penalmente*, que pode ocasionar um dano. Cf. BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo O. *Lições fundamentais...*, p. 433.

<sup>21</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 86.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> De acordo com Luzón Peña, a omissão imprópria exige a reunião dos requisitos básicos de toda omissão, como a *existência de um dever jurídico de atuação* e a *não realização* da mesma, bem como a *capacidade individual de realizar a ação requerida*. Cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Omisión impropia o comisión por omisión...*, p. 61.

<sup>25</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 86.

Analisa-se, nessa situação, a possibilidade fática de o gerente realizar determinada conduta, no âmbito da causalidade hipotética ou virtual<sup>26</sup>, verificando-se se, no caso concreto, o ato de dar determinado comando poderia evitar o resultado. Outrossim, ao considerar a presença da imputação objetiva e do dolo, assim como a ausência de causas de antijuridicidade e de culpabilidade, resta examinar a posição de garante do gerente.

Nesses exemplos, sob a ótica do art. 29, *caput*, do Código Penal, infere-se que independentemente de a conduta do gerente ser comissiva ou omissiva, estando constatado que esta era *conditio sine qua non* para o resultado, ele terá concorrido para a prática do delito, incorrendo nas penas a este cominadas, na extensão de sua culpabilidade<sup>27</sup>.

### **3. IMPUTAÇÃO DE SUPERIORES HIERÁRQUICOS A PARTIR DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO**

#### **3.1. Aspectos introdutórios: análise do sistema diferenciador de autor**

De acordo com Rios e Castro, os crimes econômicos relacionados ao *direito penal da empresa* são caracterizados por pessoas unidas e organizadas sob uma estrutura *fragmentada* e por objetivos, a princípio, lícitos. Não obstante, nesses crimes, a relação entre *ação* e *responsabilidade* é operacionalizada de forma que o *executor* do crime é um *subordinado* em *completa ausência de autonomia decisória*, não obliterando a evidente divisão de funções no trabalho nas formas verticais e horizontais - fazendo com que a *execução material*, o *domínio da informação relevante*, a *capacidade de decisão* e as *condições subjetivas de autoria* sejam dissolvidas entre os diversos membros de uma mesma empresa.<sup>28</sup>

Em decorrência desses aspectos, principalmente a repartição de tarefas e papéis no interior de uma empresa e a falta de autonomia decisória por parte daqueles que estão na sua base, recorre-se comumente à teoria do domínio do fato como um subterfúgio, objetivando

---

<sup>26</sup> A causalidade hipotética ou virtual advém da fórmula de eliminação hipotética proposta por Thyren e Glaser. Conforme de Bem e Martinelli, “para saber se determinada conduta é causa, devemos eliminá-la mentalmente (hipoteticamente) para verificar se o resultado ocorreria da mesma maneira”, de modo que haverá *relação de causa e efeito* entre a *conduta* e o *resultado* “sempre que este não puder ser evitado *in concreto* quando suprimida mentalmente aquela”. Se a eliminação da conduta de forma abstrata resultar no desaparecimento do resultado, concluir-se-á que *a conduta deu causa ao resultado*. Cf. BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo O. *Lições fundamentais...*, pp.518-519.

<sup>27</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 87.

<sup>28</sup> RIOS; CASTRO. *A responsabilização criminal...*, p. 73.

fornecer o respaldo jurídico-dogmático para que ocorra a imputação de dirigentes empresariais pelo cometimento de determinados crimes e, por conseguinte, sua responsabilização criminal.

A par dessas dificuldades, constata-se que parcela da dogmática penal reinterpreta o sistema de concurso de pessoas, disposto nos arts. 29 e 31 do Código Penal, a partir de uma compreensão *restritiva* derivada da *teoria do domínio do fato*, diferenciando, assim, autores e partícipes. Trata-se, portanto, de um sistema *diferenciador*, concebido como um problema do tipo penal, na medida em que restringe o conceito de autor<sup>29</sup>.

Com efeito, a teoria do domínio do fato destina-se a trazer soluções a uma situação concreta, posto que o Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*) vindica a diferenciação entre autor e partícipe.<sup>30</sup> Noutras palavras, a sistemática adotada pelo CP alemão impõe a distinção entre os institutos da autoria e da participação ainda na dimensão do tipo penal. Nessa senda, o conceito *restritivo* de autor é entendido enquanto “realização do tipo”. Luís Greco e Augusto Assis declaram que, “segundo a ideia de domínio do fato, os tipos dolosos compreendem formas de domínio sobre o risco de uma lesão a um bem jurídico. O autor sempre terá, portanto, domínio do fato”<sup>31</sup>.

Ao sistematizar a teoria do domínio do fato, Claus Roxin discorre sobre três tipos de domínio: o domínio da ação (autoria imediata); o domínio da vontade (autoria mediata); e o domínio funcional do fato (coautoria)<sup>32</sup>. A partir dessa teoria, seria possível imputar criminalmente o indivíduo que não realiza o tipo penal, ou seja, aquele que não possui o domínio fático, na condição de *partícipe* do delito, e não como *autor*<sup>33</sup>.

Pertinente destacar que Crespo, nessa mesma lógica, afirma que o *partícipe por omissão* somente responderá se sua omissão produzir um aumento do risco de produção do resultado, tendo em vista que “a autoria na omissão só pode afirmar-se quando a produção do resultado depende exclusivamente da ação do omitente”<sup>34</sup>.

Partindo das contribuições de Roxin<sup>35</sup>, analisar-se-á, a seguir, os modos de responsabilização de dirigentes de empresa que executam comandos a um empregado: autoria

---

<sup>29</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, pp. 79-87.

<sup>30</sup> GRECO; TEIXEIRA. *Autoria como realização do tipo...*, p. 65.

<sup>31</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>32</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho...*, p. 149. Sobre o assunto, cf. GRECO; LEITE. *O que é e o que não é...*, pp. 25-31.

<sup>33</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>34</sup> CRESPO, Eduardo Demetrio. *Definição da categoria...*, p. 49.

<sup>35</sup> Cf. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho...*, pp. 150-335.

imediate, coautoria (envolvendo casos de estrutura horizontal e estrutura vertical), autoria mediata e domínio da organização (que utiliza “aparatos organizados de poder”).

### 3.2. Formas de responsabilização penal à luz da teoria do domínio do fato

#### 3.2.1. Autoria imediata (domínio da ação)

Para Roxin, “quem, não coagido e não dependente de uma forma superior ao socialmente normal, executa todos os elementos do tipo à mão, é o autor”<sup>36</sup>, de modo que é autor direto aquele realiza todos os pressupostos estabelecidos no injusto-penal<sup>37</sup>. Nesse mesmo sentido, Greco e Assis reiteram que “autor imediato é aquele que realiza o tipo com as próprias mãos”<sup>38</sup>, praticando o fato por si mesmo.

Exemplificando, aquele que aperta o gatilho de uma arma possui o domínio da ação, de forma que nunca responderá a título de participação. Além disso, quem exerce domínio sobre a ação continua sendo autor, mesmo que atue seguindo orientação ou ordem de outrem, de forma que poderá vir a ser um autor exculpado, todavia, não deixará de ser o autor direto do fato<sup>39</sup>. Ademais, ao emitir um comando para que outro faça determinada conduta, sendo esta a realização do tipo – configurando, portanto, autoria imediata -, o gerente de uma empresa não poderá ser responsabilizado como *autor imediato*, mas somente aquele que pratica todos os elementos do tipo penal, geralmente, seu subordinado direto (funcionário).

Ainda nessa linha, no que se refere à responsabilidade penal no contexto empresarial, Estellita destaca que a noção de *divisão do trabalho* é ínsita à própria organização da atividade econômica corporificada numa empresa, de modo que, a partir das regras do concurso de pessoas, em se tratando de contribuições relevantes heterogêneas, implicar-se-á numa responsabilização a título de autoria e participação, ao passo que a uma contribuição homogêneas traduzir-se-á na figura da coautoria (analisada no próximo tópico)<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup>“Quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor” (ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho...*, p.151, tradução livre).

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p.152.

<sup>38</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p.88.

<sup>39</sup> GRECO; LEITE. *O que é e o que não é...*, pp.25-26.

<sup>40</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal...*, p. 43.

### 3.2.2. *Coautoria (domínio funcional do fato)*

Para fins de análise quanto ao domínio funcional do fato (coautoria), é preciso haver tanto um *plano comum* quanto uma *contribuição relevante*, assim como uma *imputação recíproca*. Nessa esteira, a coautoria será a materialização do tipo penal em conjunto, na medida em que o coautor realiza uma tarefa essencial dentro da efetivação de um projeto conjunto, resultando em sua contribuição relevante. Da associação entre os elementos do plano comum e da contribuição relevante de cada coautor resulta a imputação recíproca, uma vez que cada coautor poderá ser responsabilizado criminalmente<sup>41</sup>.

#### 3.2.2.1. *Estruturas horizontais*

Comumente, a compreensão integral do art. 29, *caput*, do Código Penal se dá numa leitura em conjunto com o art. 13, *caput*, do CP, na medida em que se entende o resultado de “concorrer para o crime” como sendo imputável somente a quem lhe deu causa (teoria da *conditio sine qua non*)<sup>42</sup>.

Inobstante, nas situações de coautoria alternativa – ou seja, nos casos de estrutura horizontal, em que é possível retirar abstratamente cada uma das contribuições para um evento de forma separada, contudo, não todas em conjunto - a rigor, a concepção tradicional puniria na modalidade tentada, uma vez que existe a possibilidade de suprimir mentalmente cada uma dessas contribuições separadamente, tratando-se de pessoas que agem num mesmo plano, deliberando e atuando<sup>43</sup>. No âmbito da criminalidade corporativa, essa discussão adquire substancial importância, pensando-se nos conselhos empresariais complexos, cuja tomada de decisões é realizada no interior de órgãos colegiados horizontalmente estruturados.

Pela leitura tradicional do art. 29, *caput* c/c art. 13, *caput*, ambos do CP, seria irrealizável a responsabilização de membros do órgão colegiado, em virtude de um resultado que cause prejuízos ao consumidor, por exemplo, ao se considerar um conselho formado por 05 (cinco) indivíduos, cuja decisão se pautar por uma maioria simples e passe a existir um voto a mais, além daqueles mínimos, para que se chegue a uma decisão que ocasione o evento lesionador<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 88.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 90.



Levando essa situação em consideração, em casos de estrutura horizontal como os órgãos colegiados, os quais os membros estão num mesmo plano, constata-se que a teoria do domínio do fato - a partir do instituto da *coautoria*, tendo como consequência a *imputação recíproca* - alarga a responsabilização de dirigentes mais do que o entendimento tradicional<sup>45</sup>.

### 3.2.2.2. *Estruturas verticais*

Existe certa resistência na aplicação da figura da coautoria em situações de estrutura vertical, que se dá através da *delegação de competências*<sup>46</sup>. Nesse ponto, há duas vertentes doutrinárias: enquanto uma delas aplica a coautoria em casos de estrutura vertical, a outra reafirma a horizontalidade como principal característica da coautoria.

De um lado, a aplicação da figura da coautoria em situações de verticalidade encontra certa resistência entre aqueles que rejeitam o critério de domínio da organização por meio de *aparatos organizados de poder*, isto é, “organizações desvinculadas do ordenamento jurídico, como regimes totalitários ou organizações mafiosas, e não de organizações empresariais”<sup>47</sup> – critério de imputação que será abordado no tópico 3.2.4 deste trabalho. Para os adeptos dessa corrente, o caso em que um dirigente empresarial dá um comando a seu subordinado e este pratica a ordem seria uma situação de coautoria, não diferenciando os tipos de estruturas, o que permitiria igualar, em princípio, a aplicação da coautoria ao instituto da autoria mediata<sup>48</sup>.

Todavia, segundo Roxin, existe uma clara distinção entre a *autoria mediata* e a *coautoria*, uma vez que enquanto a “autoria mediata possui uma estrutura vertical” – isto é, pressupõe-se a existência de um homem de trás instrumentalizando uma pessoa interposta, que atuará ativamente - a coautoria apresenta uma estrutura horizontal, sendo que os coautores agem numa atividade em conjunto e ao mesmo tempo, em virtude de um dever comum<sup>49</sup>.

Nesse sentido, a situação entre um superior hierárquico e seu inferior, na medida em que aquele determina a prática de determinado comportamento e este comete, apresenta *verticalidade*. Não obstante, serve sublinhar que a *estrutura horizontal* não é requisito ou

---

<sup>45</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 90.

<sup>46</sup> RIOS; CASTRO. *A responsabilização criminal...*, p. 84.

<sup>47</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 90. O assunto é discutido neste trabalho no tópico 3.1.4 Domínio da organização, p. 20 e ss.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho...*, pp. 508-511.

condição para a coautoria (que somente exige um plano comum e uma contribuição relevante), o que possibilita a responsabilização do superior por coautoria.<sup>50</sup>

Além disso, mesmo se levar em consideração uma marcante distância entre o autor mediato (aquele que está no topo da organização de poder) e o imediato (autor-executor), que está na parte de baixo da hierarquia, a eventual descaracterização da coautoria deve ser realizada confrontando seus pressupostos de aplicação, seja pela inexistência de plano comum, seja pela falta de uma contribuição relevante na execução delitiva.

### **3.2.2.3. Ausência de plano comum**

A exigência do *plano comum* refere-se ao *conhecimento do plano* e à *decisão conjunta de executar o delito*, ou seja, diz respeito ao fato de que “todos os coautores conheçam como o delito será executado e que eles decidam em conjunto executá-lo”<sup>51</sup>. Nessa esteira, segundo Greco e Assis, o planejamento não precisa ter sido elaborado conjuntamente, tampouco a adesão anterior e manifesta dos coautores. Desse modo, é suficiente a anuência destes de forma tácita, mesmo que o crime já esteja sendo executado<sup>52</sup>.

O ponto central dessa análise gira em torno da evidente distância entre dirigentes empresariais e seus subordinados, o que complexifica a constatação de um plano comum no contexto da criminalidade empresarial. Sob o prisma concreto, esse espaço entre gerentes e subordinados é nítido nas estruturas empresariais *complexas*, em que predomina um *modelo de gestão descentralizado* associado à *diversificação das esferas de competência*.<sup>53</sup>

É de se ressaltar que, por vezes, aqueles que estão no topo da hierarquia desconhecem quando determinado comportamento será praticado e qual dos empregados irá praticá-lo. Essa primeira alegação, concernente ao *conhecimento do plano*, é refutada pelo simples fato de não se exigir que os coautores tenham colaborado diretamente na confecção do planejamento e/ou tenham expressado sua concordância com ele. Assim, basta que o superior tenha feito o plano e seu inferior tenha tomado conhecimento<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 91.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> RIOS; CASTRO. *A responsabilização criminal...*, p. 75.

<sup>54</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 92.

Nessa acepção, Estellita clarifica que o *plano comum*, por vezes, não se coaduna com as complexas estruturas empresariais, na medida em que as divisões de funções numa sociedade empresária são dinâmicas, não havendo, normalmente, uma interlocução direta entre seus membros, o que torna difícil a constatação de um plano comum<sup>55</sup>. Noutra giro, em relação à *decisão conjunta de executar o delito*, o debate adquire outras proporções, uma vez que a comprovação deste constitui obstáculo contundente à demonstração da coautoria<sup>56</sup>, em virtude das dificuldades de se constatar objetivamente a configuração da deliberação em conjunto de praticar determinado crime.

Concretamente, via de regra, devemos considerar a situação de o gerente desconhecer qual funcionário realizará determinado comportamento, assim como o fato daquele desconhecer o dolo de seu inferior de cometer o crime em coautoria. Nessa situação, portanto, fala-se na adesão tácita do empregado ao plano feito pelo gerente, de forma unilateral, oposta à ideia de decisão conjunta<sup>57</sup>.

Por esse motivo, há uma tendência à flexibilização dos requisitos da decisão conjunta de cometer o crime, em se tratando de contextos empresariais. Tiedemann, referido pelos autores Greco e Assis, enfatiza o liame objetivo em detrimento ao subjetivo ao analisar tal cenário, quando tanto o superior quanto o funcionário compõem os quadros da mesma empresa.<sup>58</sup> Jakobs, citado pelos mesmos autores, por sua vez, confronta a própria decisão conjunta como requisito para a aplicação da coautoria, não somente em relação a contextos empresariais, mas de forma geral, bastando a adesão unilateral do funcionário ao plano para justificar a utilização da figura da coautoria.<sup>59</sup>

Ao criticar as propostas de Tiedemann e Jakobs, o jurista Claus Roxin<sup>60</sup> sublinha que a exigência de uma decisão conjunta derivaria do próprio *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemão), o qual dispõe no § 25 II que “se várias pessoas cometem conjuntamente o fato, cada um é punido como autor (coautor)”<sup>61</sup>.

---

<sup>55</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal...*, p. 43.

<sup>56</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 92.

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, 4. ed., münchen, 2013, nm. 363 *apud* GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, pp. 93-94.

<sup>59</sup> JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. ed. berlin/New York, 1991, § 21, nm. 40 e ss. (43) *apud* GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>60</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho...*, p.726.

<sup>61</sup> No original: Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter). *Strafgesetzbuch (StGB)*, § 25 Täterschaft.

No caso brasileiro, enfatiza-se que o resultado jurídico da aplicação do instituto da coautoria é a *imputação recíproca*, em que pese o Código Penal brasileiro não disponha expressamente sobre a figura da coautoria ou indique seus requisitos. Nesse sentido, vale a afirmação feita por Greco e Assis:

Uma imputação recíproca é algo um tanto grave; concretamente, ela significa que cada um responderá não pelos seus próprios fatos, mas também por fatos *prima facie* de terceiros. Essa severa consequência jurídica tem de ser legitimada, especialmente diante daquele que se vê obrigado a responder por ato de terceiro. Não enxergamos como isso será possível sem que existam uma decisão e uma atuação conjuntas, isto é, de todos, mas também de cada um dos coautores. A posição majoritariamente aceita pelos defensores da ideia de domínio do fato parece, assim, correta.<sup>62</sup>

Sendo assim, para fins de comprovação de coautoria organizativa num contexto de criminalidade empresarial, o simples fato de estar incorporado junto aos quadros da organização é insuficiente para respaldar e justificar uma responsabilização criminal do superior hierárquico pelos atos evidentemente perpetrados por terceiros, mesmo diante da prévia existência de um vínculo objetivo, estabelecido a partir do pertencimento a uma mesma empresa ou ainda da escolha do funcionário de agir conforme o planejado.

#### **3.2.2.4. Ausência de contribuição relevante**

Realizada a análise da inexistência de um plano comum e suas consequências, também é pertinente analisar os argumentos daqueles que apontam a ausência de contribuição relevante como óbice à aplicação da coautoria em cenários empresariais, situação que pode vir a dificultar a configuração do domínio funcional do fato em relação aos superiores hierárquicos.

Segundo Greco e Assis, “relevante, por sua vez, é uma contribuição da qual depende o êxito do plano, ao menos de uma perspectiva *ex ante*”<sup>63</sup>. Assim, os referidos juristas entendem que essa colaboração tem de ser analisada ainda na etapa dos atos executórios, antes mesmo do início da tentativa, uma vez que para que o agente tenha, com efeito, domínio do fato (isto é, tenha praticado o tipo penal), faz-se necessário que ele tenha tomado parte na fase executória,

---

<sup>62</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 95.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 96.

sob pena de não se legitimar a responsabilização criminal do gerente a partir da imputação recíproca.

Numa situação concreta, constata-se a dificuldade em responsabilizar o dirigente e seu empregado como coautores, já que por vezes o gerente apenas emite o comando e/ou elabora o plano, de modo que não participa da execução<sup>64</sup>. É dizer que, a rigor, o superior hierárquico não estará na linha de frente da prática delitiva, a fim de esquivar-se da própria persecução e responsabilização penal.

Em empresas com grande número de funcionários, por exemplo, é possível a suposição de que determinado comando emitido pelo dirigente possa ser desconhecido por todos ou quase todos os empregados. Assim, considerando que a ordem seja transmitida por mais de um funcionário ou ainda que mais de um empregado concorra para o resultado, será mais difícil demonstrar que o gerente tenha conhecimento de quem praticou os comandos, assim como quais funcionários de dentro daquela empresa tinham ciência da decisão acerca do plano<sup>65</sup>.

Diante disso, a teoria do domínio do fato não amplia a responsabilização de dirigentes empresariais em relação à concepção tradicional do art. 29, *caput*, do CP, uma vez que a responsabilização deles como coautor implica em suas relevantes contribuições, tendo em vista que o dirigente deve concorrer para a prática delitiva, sendo-lhe imputável o resultado ao ter dado causa.

Constata-se, por outro lado, que a teoria do domínio do fato possui o condão de justificar e fornecer as bases para a imputação de dirigentes empresariais nas situações envolvendo decisões colegiadas (designada por “coautoria alternativa”), sendo marcadas por uma *estrutura horizontal*.<sup>66</sup> Trata-se, nesse sentido, da única situação em que a teoria do domínio do fato consegue punir de forma mais ampliada do que a interpretação tradicional do art. 29, *caput*, do CP, o que preconiza que a colaboração do agente seja *conditio sine qua non* do resultado, de forma individual.

Noutro giro, nas situações em que um dirigente dá o comando e seu subordinado o realiza, relações marcadas pela *verticalidade* em sua estrutura, há óbices à fundamentação da coautoria, em virtude da não-existência de um *plano comum*, somada à falta de uma *decisão*

---

<sup>64</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 96.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>66</sup> *Idem*.

conjunta e de uma *contribuição relevante* do gerente na etapa executória do delito, pressupostos fundamentais para a aplicação da coautoria nesses casos<sup>67</sup>.

### 3.2.3. *Autoria mediata (domínio da vontade)*

Uma outra análise passível de ser realizada, no tocante à responsabilização de gerentes de empresas, é a partir da autoria mediata (domínio da vontade), considerando estes como autores mediatos dos crimes perpetrados pelos empregados de forma imediata. Essa espécie de autoria tem por pano de fundo a prática de um crime por meio de outro, sendo necessário, assim, que “o homem de trás domine a vontade do homem da frente”, ou seja, que o superior hierárquico domine a vontade do subordinado, como os casos de coação moral irresistível, obediência hierárquica e erro.

Classicamente, a doutrina aponta dois exemplos em que se verifica o domínio da vontade, quais sejam, coação e erro. Em relação ao primeiro, verifica-se que sua aplicação no contexto em análise não se sustenta, uma vez que somente em um nível extremamente excepcional será possível o reconhecimento da coação física irresistível apta a excluir a culpabilidade do agente<sup>68</sup>. Quanto à hipótese de erro, é possível a responsabilização do superior hierárquico quando seu subordinado atua em erro de tipo<sup>69</sup> ou em erro de proibição invencível<sup>70</sup>.

Nesse sentido, exemplificativamente, se o funcionário ignorar a ilicitude do comportamento que realizou, é possível a imputação penal do gerente na condição de autor mediato. Basta comprovar, com vistas a isso, a ciência do superior acerca do erro do funcionário e que aquele tenha se aproveitado deste como meio para realizar o tipo penal<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 97.

<sup>68</sup>De acordo com Bem e Martinelli, a coação física irresistível é constatada nas situações em que o agente, por razões de *força maior*, age de forma obrigada ou é impedido de agir consoante sua vontade, de forma que o agente será mero *instrumento de manipulação alheio* ou *massa mecânica*. Cf. BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo O. *Lições fundamentais...*, p.463.

<sup>69</sup> Segundo Figueiredo, o *erro sobre a factualidade típica* é caracterizado quando falta ao agente o conhecimento de todas as *circunstâncias de facto ou de direito, descritivas ou normativas do facto*, englobando, assim, todos os elementos do tipo, situação que resulta na exclusão do dolo do tipo, uma vez que este não chega a constituir-se diante da ausência de seus pressupostos. Ademais, convém frisar que esse erro se refere tanto à *representação positiva errada* quanto à *própria falta de representação*. Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral...*, pp. 356-357.

<sup>70</sup> O erro de proibição inevitável ou invencível refere-se a um *erro de compreensão* do agente em relação à antijuridicidade (ilicitude) de determinada conduta, ao supor *equivocadamente* que o comportamento praticado é lícito, quando, na verdade, esse ato é proibido legalmente. Sendo o erro escusável, excluída estará a culpabilidade, de modo que o autor não será punido em nenhuma situação, visto que “sem culpabilidade, não há crime”. Cf. BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo O. *Lições fundamentais...*, p. 687.

<sup>71</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 99.

### 3.2.4. Domínio da organização por meio de aparatos organizados de poder

Além dos critérios analisados acima, também é possível a responsabilização criminal de dirigentes de empresa na condição de autores mediatos, a partir da análise do “domínio do fato por meio da utilização de aparatos organizados de poder”<sup>72</sup>, isto é, pelo *domínio da organização*, de modo que sua análise se cinge aos seguintes requisitos: fungibilidade dos executores, organização estruturada hierarquicamente e uma organização fora do Estado de Direito.

Conforme Roxin, com a finalidade de conceber os superiores hierárquicos de um *aparato de poder organizado* como autores mediatos, pela prática de ilícitos penais por seus subordinados em cumprimento de comandos dos comandantes, ressalta-se a *fungibilidade dos executores* como primeiro pressuposto para a aplicação do domínio da organização em contextos empresariais<sup>73</sup>. Considerando que aqueles que estão no topo dentro de uma estrutura podem garantir o cumprimento das suas ordens, pode-se afirmar que qualquer um dos inferiores poderá executar o comando, de modo que, caso haja recusa por parte de um deles, outro poderá executar determinada ordem<sup>74</sup>.

Ainda, por decorrência lógica, exige-se uma *organização estruturada hierarquicamente*<sup>75</sup>, em virtude da necessidade de existir, pelo menos, dois polos (níveis hierárquicos), um composto por aqueles que emitirão o comando e outro constituído pelos que cumprirão a ordem emanada.

Por fim, como terceira condição para a aplicação da autoria mediata, sublinha Roxin que o *aparato de poder organizado* deve se encontrar à margem do ordenamento jurídico<sup>76</sup>, em outras palavras, ele deve ser “dissociado do direito”, isto é, uma *organização fora do Estado de Direito*<sup>77</sup>, do que se conclui pela inaplicabilidade do domínio da organização através de aparatos de poder organizado, uma vez que, em princípio, as empresas são organizações lícitas.

Dessa forma, calha enfatizar que tanto o autor imediato, isto é, o executor do delito, quanto o autor mediato (aquele que está por trás) serão responsabilizados criminalmente, de

---

<sup>72</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, pp. 99-100.

<sup>73</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho...*, pp.276-278. .

<sup>74</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p.100.

<sup>75</sup> *Idem.*

<sup>76</sup> ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho...*, pp.276-277.

<sup>77</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p.100.

modo que a possibilidade de substituição daquele que pratica não será afastada de sua imputação penal.

#### 3.2.4.1. *Aplicabilidade em contextos empresariais*

Embora a construção do domínio da organização por Roxin tenha se dado em cenários de totalitarismo, essa teoria resultou na possibilidade de responsabilizar superiores hierárquicos e subordinados no contexto empresarial na condição de autores, sem, necessariamente, considerá-los como coautores, uma vez que ter um plano comum ou mesmo uma contribuição relevante não são requisitos para a aplicação da autoria mediata<sup>78</sup>.

Ainda, a *estrutura vertical*, antes um óbice intransponível numa conjuntura empresarial para se constatar a coautoria, torna-se um fator favorável para a incidência da autoria mediata, tendo em vista que a distância entre os gerentes e os executores é superada, na medida em que quanto maior a possibilidade de substituir o autor imediato, maior será o domínio do fato pelo autor mediato<sup>79</sup>.

A fim de adaptar o modelo original proposto por Roxin a quadros empresariais, segundo Hefendehl e Ransiek, aludidos por Greco e Assis, o requisito do *aparato organizado de poder dissociado do direito* deve ser afastado, ao passo que a *estrutura vertical*, mantido<sup>80</sup>. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, deve-se considerar que as sociedades empresariais são, em princípio, associações lícitas, do que decorre que seria um contrassenso a configuração do domínio da organização através “aparato de poder organizado”. Além disso, o pressuposto da verticalidade é inerente à própria concepção de sociedade empresarial, baseada na divisão de tarefas e funções.

Em relação à *fungibilidade do executor*, discute-se se tal requisito é imprescindível à análise do domínio da organização. Nesse sentido, há duas correntes que discorrem sobre o assunto. A primeira corrente, defendida por Hefendehl, citado por Greco e Assis, ressalta que uma das marcas dos quadros empresariais é a *fungibilidade dos executores*, demonstrando que a possibilidade de substituição é uma particularidade das empresas, na medida em que, em

---

<sup>78</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p.101.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p.102.

<sup>80</sup> HEFENDEHL, Roland. *Tatherrschaft*, GA 2004, p. 581 e s.; RANSIEK, Andreas. *Unternehmensstrafrecht*, p. 46 e ss. *apud* GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 102.



diversas vezes, o superior hierárquico não terá conhecimento de quando e quem efetivamente realizará o comando<sup>81</sup>.

Essa interpretação encontra empecilhos, uma vez que, ou há uma propensão à prática de crimes por parte de empregados lotados em sociedades empresariais - conduzindo à compreensão de que a própria empresa seja tida como ilícita ou ilegal -, ou as conjunturas empresariais tenderiam ao cometimento de delitos e, por conseguinte, o ponto essencial para a execução do crime de forma automática não seria alcançada pela maior tendência de subordinados a realizar determinado comando contrário ao direito<sup>82</sup>. Indubitavelmente, tal posição pode resultar na própria criminalização da atividade econômica organizada sob a forma de sociedade empresarial, mormente considerando que a divisão de tarefas e funções é inerente à própria conformação dessas organizações e tendo em vista a marcante repartição em níveis hierárquicos para a consecução de determinado fim.

Noutro lado, há uma linha argumentativa que critica a própria fungibilidade dos agentes como requisito para a análise do domínio da organização, os quais recusam a aplicação da teoria do domínio da organização como um todo<sup>83</sup>. Ransiek, apontado por Greco e Assis, excepciona esse raciocínio ao negar a fungibilidade como condição e, simultaneamente, anuir com a aplicação do domínio da organização em contextos empresariais, enfatizando o aspecto prático na execução da ordem advinda do superior hierárquico pelo funcionário pertencente à empresa e no interesse desta.<sup>84</sup>

Diante dessas discussões quanto aos requisitos, depreende-se que recorrer ao domínio da organização resulta na impossibilidade de imputação penal do dirigente empresarial, na condição de autor, que emite uma ordem a um subordinado, razão pela qual a aplicação do domínio da organização deve ser realizada somente nas situações em que todos os pressupostos previstos originalmente por Roxin estejam evidenciados.

Assim, comparando-se com a compreensão tradicional do art. 29, *caput*, do CP, é possível concluir que o referido artigo, por si só, é capaz de atingir o superior hierárquico, na medida em que este, ao dar uma ordem que é depois materializada, *concorre para o crime*, atraindo a aplicação do referido artigo. Para esse fim, a rigor, o recurso ao domínio da

---

<sup>81</sup> HEFENDEHL, Roland. *Tatherrschaft*, GA 2004, p. 581 e s. *apud* GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, 103.

<sup>82</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 103.

<sup>83</sup> Os juristas Greco e Assis apontam que Köhlher, Jakobs e Jescheck/Weigend e Murmann questionam todo o desenvolvimento da autoria mediata pela análise do domínio da organização. Cf. GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 103.

<sup>84</sup> RANSIEK, Andreas. *Unternehmensstrafrecht*, p. 46 e ss. *apud* GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 104.

organização como meio para atingir o dirigente empresarial se mostra inócuo, uma vez que a regra do concurso de pessoas presente no art. 29 abrange esse indivíduo<sup>85</sup>, excetuando-se as situações de estrutura horizontal - como órgãos colegiados, em que os integrantes estão num mesmo plano -, por se tratarem de casos que o instituto da coautoria e a consequente mútua imputação expandem a imputação penal de dirigentes mais do que a concepção tradicional.

### 3.3. Análise da participação comissiva nas formas de instigação e cumplicidade

Tendo em vista que nos pontos anteriores explorou-se sobre os modos de responsabilização dos dirigentes empresariais que emitem um comando na condição de autor comissivo do crime, a partir da teoria do domínio do fato, passa-se a análise da imputação de responsabilidade penal do gerente na condição de *partícipe*.

Partindo de uma concepção *restritiva* de autor, é possível falar-se em *instigação* e *cumplicidade* como formas de participação. Como pressupostos objetivos, ambas as modalidades requerem a existência de um *resultado* como fato ilícito, uma *conduta* perpetrada pelo *partícipe* que contribua para a ocorrência do resultado e o vínculo entre a conduta e o resultado (*nexo causal*), ao passo que como requisito subjetivo, diz-se da presença de um *duplo dolo do partícipe*, referente ao resultado e à conduta<sup>86</sup>. Para Greco e Assis,

Em termos gerais, há *instigação* quando um agente provoca em outro a decisão de praticar o delito; e *cumplicidade* quando um agente auxilia o outro a praticar um delito por cuja prática ele já havia se decidido, e com isso aumenta o risco de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma<sup>87</sup>.

Anteriormente, evidenciou-se os problemas advindos da ausência de determinado pressuposto, requisito ou elemento para a caracterização da autoria mediata e coautoria. Em vista disso, uma análise a partir da participação adquire substancial importância, por viabilizar a responsabilização do superior hierárquico, em situações cujo plano de praticar determinado crime tenha partido dele (instigador) ou mesmo que tenha auxiliado a execução delitiva (cúmplice)<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 106.

<sup>86</sup> *Idem*.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp.106-107.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 107.

Novamente, é possível observar que inexistente uma ampliação da punibilidade do superior hierárquico, uma vez que o modelo instituído pelo art. 29, *caput* do CP, novamente, concebe o gerente como autor, tendo em vista que a instigação e a cumplicidade pressupõem uma contribuição relevante dos agentes, isto é, que a conduta praticada por este tenha causado o resultado<sup>89</sup>. Importa frisar que o fato de o agente possuir uma alta posição numa estrutura hierárquica empresarial, por si só, não o torna dominador do fato ou mesmo autor de fatos praticados pelos empregados. Interessa ao Direito Penal, assim, o comportamento praticado pelo gerente, e não a sua função ou posição dentro de tal estrutura.

### 3.4. Resultados parciais

Anteriormente, restou demonstrado que a ausência de elementos da *autoria* e *coautoria* redundam a não aplicação destes institutos aos contextos empresariais. Na maioria dos casos, a conduta realizada pelo agente será apenas *participação (instigação)*, uma vez que o superior que profere determinado comando não será autor direto<sup>90</sup>.

No tocante à *coautoria*, deve-se ressaltar que a distância entre aquele que comanda e o que realiza o tipo, sobretudo diante da divisão de funções em contextos empresariais, faz com que dificulte a configuração dos requisitos de um plano comum e de uma contribuição relevante, de modo que a aplicação do instituto se dará de forma apenas residual. Ademais, acerca da *autoria mediata*, como na maioria das situações não haverá erro ou coação do autor imediato, não há falar-se nesta modalidade.<sup>91</sup>

Outrossim, tendo em vista os requisitos de as organizações serem dissociadas do direito, organização estruturada hierarquicamente e também a fungibilidade de executores, a autoria mediata fundamentada em um domínio da organização por meio de aparato de poder organizado, por conseguinte, não será aplicável a empresas, já que estas são reconhecidas pelo Direito. Nesse sentido, lecionam Greco e Assis:

[...] enquanto a concepção tradicional considera o empresário, que, com a sua ordem, causa o resultado (art. 13, *caput*, CP) e, com isso, concorre para o crime (art. 29, *caput*, CP), autor, o novo sistema faz dele um mero partícipe. No geral, assim, o uso da teoria do domínio do fato não torna o gerente responsável por nada que a concepção tradicional não o pudesse

---

<sup>89</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 107.

<sup>90</sup> *Idem.*

<sup>91</sup> *Idem.*

responsabilizar. A tendência, assim, do novo modelo, que é restritivo e diferenciador, não é ampliar, e sim restringir a punibilidade.<sup>92</sup>

Crucial enfatizar que as situações de *coautoria alternativa*, que se dá em decisões de órgãos colegiados cujos votos excedem à quantidade essencial (presentes em cenários de estrutura horizontal), constituem exceção à regra prevista no art. 13, *caput*, c/c art. 29, *caput*, ambos do CP, na medida em que é possível a afirmação de que cada um dos votos não foi *conditio sine qual non* para a produção do resultado. Nesse caso, os institutos da *coautoria* e da *imputação recíproca* viabilizam a responsabilização criminal daquele que delibera conforme a maioria dos votantes<sup>93</sup>.

#### **4. RESPONSABILIZAÇÃO DE DIRIGENTES NA MODALIDADE OMISSIVA IMPRÓPRIA**

##### **4.1. Pressupostos introdutórios**

Anteriormente, discutiu-se diversos modos de responsabilização criminal do dirigente (superior hierárquico) ao emitir um comando nos casos de crimes comissivos. A seguir, serão analisadas as formas de imputação penal do superior hierárquico nas hipóteses de delitos omissivos, isto é, nos casos em que o dirigente não deu uma ordem no intuito de impedir o resultado ou não praticou determinado comportamento devido.

Considerando os casos envolvendo *omissão imprópria* em contexto de desempenho de atividade econômica sob a forma de sociedade empresária, constata-se, assim, a necessidade de se analisar e debater empecilhos impostos pela criminalidade corporativa - campo caracterizado pela divisão de tarefas e funções, bem como pelas contribuições de diversos agentes, nas formas comissivas e omissivas - de forma a se fixar fundamentos legais contundentes, com o propósito de evitar a responsabilidade penal pelo mero fato de ocupar uma posição ou mesmo pelo estado de administrador.<sup>94</sup> Como destacado por Rodrigo Rios e Rafael Castro,

Na experiência comparativa pouco se discute sobre a existência de deveres de garantia dos empresários, ou daqueles lotados em cargos hierarquicamente superiores dentro das sociedades empresariais. O que se tem por indiscutível, contudo, é que a mera enunciação formal de um dever não pode fundamentar

---

<sup>92</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 108.

<sup>93</sup> *Idem*.

<sup>94</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal...*, pp. 30-31.

automaticamente uma responsabilidade penal: a posição de garantidor e o dever de agir devem balizar-se em noções elementares de direito penal.<sup>95</sup>

Não há que se olvidar, nessa senda, sobre a importância de se ter em mente que as empresas são organizadas a partir de *estruturas horizontais*, baseada na divisão de funções, bem como em *estruturas verticais*, pautadas na delegação de tarefas, sendo importante compreender as diferentes dimensões para se determinar a posição de garantidor de determinado dirigente tanto em relação ao seus pares como aos seus subordinados<sup>96</sup>.

Nesse mesmo ângulo, Rebouças salienta que a *delegação de funções* em grandes empresas pauta-se pelos princípios de *hierarquia* e *divisão de trabalho* num complexo processo de *distribuição de competências*, sendo que tal delegação de deveres é plenamente lícito e viabiliza o próprio funcionamento empresarial. Apesar disso, esse processo de delegação não pode reduzir a incidência dos *deveres de controle de riscos*, incumbidos em última análise ao dirigente.<sup>97</sup>

Sendo assim, a imputação na forma omissiva imprópria trata-se de “uma das estratégias para lidar com a dificuldade da responsabilização penal no âmbito da criminalidade de empresa”, na medida em que se objetiva a responsabilização de dirigentes (os “garantidores”) devido à sua omissão em atuar para obstar delitos praticados por condutas comissivas de outro integrante da empresa.<sup>98</sup>

Seguindo esse raciocínio, Rebouças salienta que o alicerce da responsabilização penal é a *equivalência normativa* entre o comportamento típico, exposto num tipo de *injusto comissivo*, e a omissão do agente de um *dever especial de evitar o resultado*, de modo que o ato de se omitir corresponde à ação ocasionadora do resultado.<sup>99</sup>

Importa ressaltar que no sistema de concurso de pessoas elaborado por Roxin, aos crimes omissivos impróprios, praticados somente por garantidores, nos termos do art. 13, §2º, do CP) é inaplicável a concepção de domínio do fato, pois aqueles são delitos especiais, razão pela qual torna-se inócuo tecer comparações sobre o âmbito de imputação penal entre a teoria do domínio do fato e a leitura tradicional do código<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> RIOS; CASTRO. A responsabilização criminal..., p. 87.

<sup>96</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal...*, p. 31.

<sup>97</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário..., pp. 48-50.

<sup>98</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>99</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. *Op. cit.*, p. 46-47.

<sup>100</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 108.

À vista disso, é de se sublinhar que na análise da responsabilização por crimes omissivos no âmbito da imputação de superiores hierárquicos, há a desnecessidade da existência de uma ordem. Com efeito, a demonstração de um comando, sobretudo dentro de uma estrutura complexa, tornaria sua comprovação um esforço hercúleo e desarrazoado<sup>101</sup>.

Numa primeira análise, poder-se-ia vislumbrar que nos casos de responsabilidade penal por delitos omissivos, tal responsabilização seria em decorrência da ocupação de uma posição. Não obstante, na esteira do disposto do art. 13, §2º, do CP, importa ressaltar que não é suficiente que o agente ocupe uma posição e, por isso, tenha o dever jurídico de empreender esforços no intuito de impedir determinado resultado<sup>102</sup>. Para além da ocupação de uma posição, é fundamental a *descrição categórica* da contribuição comissiva ou omissiva do agente, a partir das disposições legais vigentes<sup>103</sup>.

Há também um requisito essencial a ser levado em consideração, qual seja, a *possibilidade de agir* com o objetivo de obstar que o resultado se produza num caso concreto. Sendo assim, “o agente deve ter a possibilidade físico-individual de realizar a ação esperada”<sup>104</sup>, sob pena de se vulnerar os princípios da *culpabilidade* e da *responsabilidade penal subjetiva*.<sup>105</sup>

Nos termos do art. 13, §2º, do CP: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. Por força do princípio da legalidade, a “omissão penalmente relevante” deve estar prevista na legislação penal<sup>106</sup>. Ademais, exige-se também que a omissão tenha sido *conditio sine qua non* para a produção do resultado, conforme prevê o art. 13, *caput*, do CP, assim como que se trata de uma causa omissiva dolosa ou culposa<sup>107</sup>.

#### **4.2. A posição de garantidor de dirigentes empresariais**

A rigor, a imputação penal apresenta a seguinte estrutura normativa: um agente realiza uma conduta vedada por uma norma penal, sendo tal comportamento passível de ser evitado. Sendo assim, para a análise da responsabilização criminal individual, o autor do fato deve ter

---

<sup>101</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 109.

<sup>102</sup> *Idem*.

<sup>103</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal...*, p. 59.

<sup>104</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 109.

<sup>105</sup> RIOS; CASTRO. *A responsabilização criminal...*, p. 73.

<sup>106</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>107</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 109.

as *informações* acerca dos elementos do tipo penal, além do *poder de decisão* e um *comportamento executivo*<sup>108</sup>.

Consoante apontado por Estellita, a própria definição de empresa tanto pode envolver uma *pluralidade de agentes* quanto exige a ideia de *organização*. O primeiro requisito refere-se ao fato de que, em geral, há o envolvimento de vários agentes na consecução de um crime; enquanto que o segundo, expressa a existência de divisão de funções, papéis e posições, bem como uma estrutura dinâmica, baseada em laços de *coordenação e hierarquia*<sup>109</sup>.

Nesse sentido, ao analisar a criminalidade de empresa com suporte na ideia de *gestão empresarial*, a autora Montaner Fernández, mencionado por Rios e Castro, compreende que o referido conceito abrange a *fixação de políticas gerais da empresa*, a *programação de objetivos e tarefas de gestão de diária*, de modo que os crimes de uma empresa adviria da própria *má gestão* e erro nos *mecanismos* internos e externos.<sup>110</sup>

É interessante assinalar, primeiramente, que não existe um dever jurídico geral de que todos impeçam todo e qualquer resultado típico, pois, como destacado por Heloisa Estellita, isso resultaria no fato de todos serem vigilantes de todos e, por conseguinte, seria insustentável a vida em sociedade<sup>111</sup>. A despeito disso, cabe examinar se determinados agentes teriam (ou não) um especial dever jurídico de agir para tutelar certos bens jurídicos ou fontes de perigos destes, em decorrência da relação íntima existente entre tais pessoas e esses bens<sup>112</sup>.

Nessa lógica, estabelecidas as premissas basilares, é crucial examinar se do simples fato de possuir uma posição dentro de um contexto empresarial nasce, por consequência, deveres jurídicos especiais consubstanciados na posição de garantidor. Com efeito, deve-se perquirir, efetivamente, o *conteúdo* dos deveres especiais dos dirigentes de empresas, mormente em contextos de divisão de tarefas, acerca de quais comportamentos devem ser adotados de forma impedir a prática criminosa. Nesse sentido, Heloísa Estellita suscita os seguintes questionamentos:

O que tem de fazer o garantidor? Tem de imiscuir-se na área de atividade do agente ativo e impedir fisicamente a prática criminosa? Tem de cientificar

---

<sup>108</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal...*, p. 37.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>110</sup> RIOS; CASTRO. *A responsabilização criminal...*, p. 75.

<sup>111</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>112</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 109.

outros membros da empresa sobre a ocorrência? Tem de reportar o fato às autoridades públicas competentes?<sup>113</sup>

Essas indagações feitas por Estelita sugestionam à dogmática penal brasileira tanto o caminho quanto o horizonte a partir dos quais deve-se buscar soluções para os conflitos no caso concreto. É essencial considerar, assim, que campos de incerteza podem conduzir a resultados não esperados ao assumir deveres especiais atados à determinada função dentro da empresa, podendo minorar a tutela de um bem jurídico ou mesmo frustrar a ocupação desses cargos por trabalhadores qualificados.<sup>114</sup>

Calha salientar que a análise acerca da posição de garantidor é somente um entre os diversos pressupostos da imputação omissiva imprópria. Isso porque, embora não seja objeto deste trabalho, no campo da tipicidade, deve-se explorar a existência de um *fato típico*, de uma *omissão* de determinado comportamento requerido para evitar a produção do resultado e da *possibilidade físico-real de agir*, além do *nexo de causalidade* e da *imputação objetiva*. Há que se considerar também a *tipicidade subjetiva*, nas modalidades dolosas ou culposas (art. 20, *caput*, do CP), bem como pronunciar-se sobre a *antijuridicidade* e *culpabilidade* para, somente então, analisar a *responsabilidade omissiva imprópria*.<sup>115</sup>

Visto isso, para a *teoria das fontes formais do dever de garantidor*, existem três fontes para o dever jurídico, quais sejam, “lei, contrato e agir prévio”<sup>116</sup>, decorrentes de um dever legal, da assunção de responsabilidade ou ingerência<sup>117</sup>.<sup>118</sup> Com base nesta teoria, a norma de extensão da punibilidade disposta no art. 13, §2º, do Código Penal afirma:

#### **Relevância da omissão**

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado

---

<sup>113</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal...*, p. 33.

<sup>114</sup> *Idem*.

<sup>115</sup> *Idem*.

<sup>116</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 109.

<sup>117</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 80.

<sup>118</sup> Acerca da posição de garantidor, Juarez Cirino dos Santos discorre que há, sobretudo, dois critérios para essa análise: “a) o critério *formal* ou *clássico* considera a lei, o contrato e a ação precedente perigosa como fontes do dever de garantia; b) o critério *material* ou *moderno* trabalha com duas fontes alternativas do dever de garantia: 1) por um lado, garantia de proteção/guarda de *pessoa determinada* (ou de *bem jurídico determinado*) contra *situações de perigo indeterminadas*; 2) por outro lado, garantia de segurança/vigilância de *fontes de perigo determinadas* para proteger bens jurídicos indeterminados (ou *pessoas indeterminadas*)”. Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...*, p. 214.



Contudo, nos últimos anos, numa sistemática mais moderna, tem-se compreendido que somente tal análise formal se afigura insuficiente, tendo em vista que a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, por exemplo, pode ser aplicável também àqueles que não detêm a posição de garantidor, como nos casos de omissão de socorro (art. 135 do CP).<sup>119</sup>

Além disso, a partir do entendimento de que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*<sup>120</sup> do sistema jurídico - incidindo apenas quando os demais ramos do ordenamento jurídico não forem capazes de evitar a produção de atos ilícitos ou não sejam capazes de punir à altura da lesão ou perigo de lesão provocados -, entende-se que a violação de um dever jurídico imposto por outra seara do direito não implica necessariamente na fundamentação de uma responsabilização penal<sup>121</sup>. Somado a isso, a mera distribuição de funções no interior de uma determinada empresa não tem o condão de salvaguardar os superiores hierárquicos do alcance da lei penal.<sup>122</sup>

Noutras palavras, o conteúdo sob o qual se fundamenta a posição de *garante* e seu *dever jurídico de agir* somente legitimam-se, havendo interesses jurídicos afetos ao direito penal, de modo que não se exaure numa simples fonte formal, impondo-se, também, considerações materiais. Essa compreensão visa também estabelecer limites à dogmática jurídico-penal para que não sejam mitigados em defesa do pragmatismo<sup>123</sup>. Schünemann, referido por Rios e Castro, ressalta a “confusão entre a imputação jurídico penal com a violação de um dever jurídico penal” em se tratando de crimes de omissão imprópria<sup>124</sup>. De acordo com o autor,

não é um dever formal contratual oriundo do direito civil, mas a assunção fática de um fundo de proteção sobre o bem jurídico desamparado que origina a equiparação jurídico-penal; o dever contratual de natureza civil não é mais do que um epifenômeno jurídico da posição de garantidor de natureza jurídico penal.<sup>125</sup>

---

<sup>119</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 109.

<sup>120</sup> Para Bitencourt, o princípio da *ultima ratio* é também conhecido como intervenção mínima, expressando a ideia de conduzir e restringir o poder incriminador estatal. Segundo o autor, “a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável”. Com efeito, o moderno Direito Penal tem por uma de suas características principais seu aspecto fragmentário, na medida em que “representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence”. Cf. BITENCOURT, Cezar. R. *Tratado de Direito Penal...*, pp. 20 e 27.

<sup>121</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 109.

<sup>122</sup> *Ibidem*, pp. 109-110.

<sup>123</sup> CRESPO. Definição da categoria..., p. 55.

<sup>124</sup> RIOS; CASTRO. A responsabilização criminal individual..., p. 88.

<sup>125</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmático, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In *Estudos de Direito Penal*,

A fim de fornecer balizas sólidas para a fundamentação do conteúdo da posição de garantidor dos dirigentes, Heloisa Estellita diferencia as omissões referentes à função de *proteção* de um bem jurídico e aquelas concernentes ao dever de *vigilância e de controle* sobre fontes de perigo<sup>126</sup>. Didaticamente, a mesma autora explica:

Os garantidores de proteção devem defender um bem jurídico contra todos os perigos que o ameacem, independente de uma conduta própria anterior de interferência na esfera desse bem; os garantidores em virtude da responsabilidade por uma fonte de perigo têm o dever de assegurar que esta fonte se mantenha dentro dos patamares permitidos e, se extrapolados, agir no sentido de evitar o resultado danoso aos bens jurídicos de terceiros expostos ao perigo.<sup>127</sup>

De forma ilustrativa, a relação entre o proprietário e sua arma de fogo diz respeito a *deveres de vigilância*, ligados ao controle sobre uma fonte de perigo, e a relação entre uma mãe e seu bebê refere-se a *deveres de proteção*, isto é, pautado no controle sobre a integridade de um bem (no caso, a vida da criança).<sup>128</sup> Em se tratando da relação entre o superior hierárquico e sua empresa (ou seja, coisas e pessoas), há que se falar na existência de um dever jurídico de vigilância sobre a empresa, enquanto fonte de perigo. Nesse caso, diz-se do dever de vigilância no tocante aos produtos (coisas) e em relação aos subordinados (pessoas).<sup>129</sup>

#### 4.2.1. *Garantidores primários e secundários: deveres jurídicos de vigilância e de supervisão*

O processo de verificação acerca da função de garante e de seus deveres correlatos deve ter como ponto de partida, numa primeira análise, a empresa, enquanto pessoa jurídica e, posteriormente, examinar quais integrantes daquela empresa, do ponto de vista individual ou colegiadamente, possuíam o dever jurídico e a incumbência de empreender diligências de proteção ou vigilância.<sup>130</sup>

Na situação em que um empresário, que produz e comercializa determinado produto, cuja natureza perigosa ou nociva ele desconhecia e, posteriormente, toma conhecimento, porém mesmo assim não atua de forma a evitar que o resultado se produza, recolhendo o produto do

---

*Direito Processual Penal e Filosofia de Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 166 *apud* RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. A responsabilização criminal individual..., p. 88.

<sup>126</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal...*, p. 95.

<sup>127</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 110.

<sup>128</sup> *Idem*.

<sup>129</sup> *Idem*.

<sup>130</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 59.

mercado, responderá nos termos do art. 64 da Lei. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)<sup>131</sup>.<sup>132</sup>

Noutro giro, caso ocorra a morte de consumidores em decorrência da nocividade ou periculosidade dos produtos, há falar-se que em “homicídio doloso por omissão”, gerando a responsabilização do agente na modalidade de omissão imprópria, haja vista a existência de um dever jurídico de agir (retirar determinado produto nocivo e/ou perigoso de circulação no mercado), conforme preceitua o art. 13, §2º, do CP.<sup>133</sup> Vejamos.

Num primeiro momento, durante a produção e venda dos produtos, o empresário não tinha conhecimento dos perigos do produto, razão pela qual não há dolo nesse caso. Todavia, ao surgir o conhecimento da nocividade de determinado produto, este já está no mercado. Sendo assim, o ato de não recolher tal produto, sabendo ser perigoso, fundamenta a ocorrência de homicídio doloso por omissão, diante da violação do *dever de vigilância*.<sup>134</sup> No caso em comento, como o empresário obteve a ciência da natureza nociva ou perigosa do produto posteriormente, ainda ficou inerte, resta configurada a modalidade dolosa.

Na análise de Greco e Assis, está evidenciado tal dever quando durante a produção ou colocação no mercado, a empresa descumpra determinada obrigação de cuidado, situação que configura o cometimento de *fato ilícito prévio* e fundamenta a imputação penal do empresário na modalidade culposa, gerando o dever de recolher o produto do mercado.<sup>135</sup>

Em ambas as situações hipotéticas discorridas acima, seja a título de culpa ou de dolo, trata-se de responsabilização do gerente que ocupava posição de garantidor em decorrência de sua *ingerência* concretizada, com seu comportamento anterior de não observar o dever de vigilância, na criação do risco de produção do resultado, na esteira do disposto no art. 13, §2º, c, do CP. Convém frisar que o referido dever pode ser compreendido tanto como um dever de segurança quanto um dever de proteção perante os consumidores do produto.

Para Roxin, citado por Greco e Assis, o fabricante de determinado produto ocupa *status* excepcional na identificação de seus possíveis efeitos nocivos ou perigosos, até mesmo em

---

<sup>131</sup> Preceitua o art. 64 do CDC: “Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. Incurrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo”.

<sup>132</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 111.

<sup>133</sup> *Idem*.

<sup>134</sup> *Idem*.

<sup>135</sup> *Idem*.

relação aos órgãos estatais, ao passo que ao consumidor final apenas lhe resta confiar que será notificado posteriormente de eventuais riscos descobertos<sup>136</sup>. Noutro lado, Schünemann, também aludido pelos autores, concebe o referido dever de proteção somente se o produto em questão for *de marca*, entendendo que apenas aqueles produtos populares no mercado seriam capazes de provocar uma impressão de segurança no consumidor final.<sup>137</sup>

Como acentuado por Greco e Assis, “sem desvalor do comportamento, não há desvalor de resultado”.<sup>138</sup> Dito de outra forma, apesar de ser discutível tanto o fundamento quanto o alcance de um certo dever, cumpre mencionar que deveres jurídicos de agir precisam ser analisados a partir de uma perspectiva *ex ante*, isto é, anteriormente à própria produção do resultado, de forma que é inapropriado aguardar a ocorrência de um resultado para, só então, reconhecer a conduta anterior como fato ilícito.<sup>139</sup>

Por seu turno, no campo da imputação penal por omissão imprópria, Schünemann, aludido por Heloisa Estellita, diferencia a figura do *garantidor primário (derivado)* e *garantidores secundários*, ressaltando que enquanto aquele está *mais próximo do fato*, tendo controle imediato sobre a coisa - e, por conseguinte, está incumbido da vigilância direta da fonte de perigo de produtos ou funcionários -, os superiores hierárquicos, concretizados na figura de garantidores secundários, possuem deveres jurídicos de coordenação e de controle, visto serem dotados de autoridade para emitir comandos acerca da utilização dos produtos<sup>140</sup>.

Adequado avultar que o processo de delegação de competências não possui a aptidão de eximir o delegante de sua responsabilidade, mas apenas pode *transformar* ou *modificar* sua posição de garante, alterando sua posição *primária*, de controle imediato sobre a fonte de risco, em *secundária*, baseada no dever de controle e *supervisão* sobre o delegado.<sup>141</sup>

Situação divergente da análise feita acima é àquela em que um gerente descobre que seu subordinado tem constrangido seus clientes a fazer transferência bancária de determinado valor em sua conta, mediante grave ameaça, e com a finalidade de obter vantagem econômica para si ou para outrem, fato que se amolda ao tipo penal previsto no art. 158 do CP (extorsão). Ou

---

<sup>136</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 113.

<sup>137</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *BGH-Festgabe*, vol. IV, 2000, p. 640 e s.; *Festschrift Amelung*, p. 318 e ss. *apud* GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 113.

<sup>138</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 112

<sup>139</sup> *Idem.*

<sup>140</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität. Wistra – Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 1982, 2, p. 40-41 *apud* ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal...*, p. 52.

<sup>141</sup> REBOUÇAS. *Omissão imprópria do empresário...*, p. 57.

ainda, quando o mesmo gerente toma conhecimento que seu funcionário realiza a venda de vídeos que contém cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescentes (art. 241 do CP).

Nesses casos e também naqueles concernentes a furtos ou crimes sexuais, é conveniente a seguinte indagação: o empresário possui o dever jurídico de agir, consistente em evitar que tais situações aconteçam, haja vista que elas são praticadas dentro da empresa? Qual o comportamento que se espera deles? Em tais circunstâncias, é indispensável perquirir-se a possibilidade de o dirigente evitar o resultado típico em decorrência de seu poder de influenciar, interferir e dar instruções e de sua autoridade na condição de superior hierárquico. Em outro lado, poder-se-á buscar a fundamentação do garantidor nesses casos sob à luz do poder de direção do superior hierárquico (*poder de comando juridicamente fundado sobre os empregados*), que resulta num *dever de controle* sobre o subordinado.<sup>142</sup>

#### 4.2.2. Aplicação do princípio da autorresponsabilidade

Nas situações envolvendo crimes sexuais e patrimoniais, por exemplo, em que há uma conduta livre e perfeitamente passível de responsabilização de um terceiro, tratam-se de circunstâncias que requerem a incidência do *princípio da autorresponsabilidade*, “segundo o qual ninguém poderia ser responsabilizado pelas condutas de um agente responsável, e dele derivam a inexistência de um dever de vigilância do gerente”.<sup>143</sup> Apesar disso, o supramencionado princípio não obsta a responsabilização de um autor pelo comportamento de outro plenamente imputável, como no caso de coautoria, em que há imputação recíproca entre coautores.<sup>144</sup>

Por esse lado, a aplicação do princípio da autorresponsabilidade, por si só, não tem o condão de enjeitar a aplicação do dever de vigilância dos dirigentes de empresa no tocante às ações cometidas pelos subordinados dentro da empresa, visto que o dever jurídico de atuar não diz respeito ao subordinado, mas à própria *evitação do resultado*, além de a imputação do garantidor referir-se à violação de seu próprio dever jurídico de agir para impedir o resultado.<sup>145</sup>

---

<sup>142</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal...*, pp.109-110.

<sup>143</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 114.

<sup>144</sup> *Idem*.

<sup>145</sup> ESTELITTA, Heloisa. *Op. cit.*, pp. 126-127.

Ainda acerca do referido princípio, Crespo entende pela *incapacidade parcial do trabalhador* nas situações em que os subordinados atuem determinados por um terceiro, ainda que de forma plenamente responsável.<sup>146</sup> Ademais, sob outra perspectiva, a posição de *garante* de dirigentes empresariais também encontra amparo no art. 13, §2º, b, do CP (“de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado”), consubstanciada *na assunção de um dever de proteção* no que se refere ao consumidor de determinado produto.<sup>147</sup>

#### 4.2.3. Extensão do dever jurídico de vigilância

Outra questão a ser ponderada refere-se à *extensão* passível de ser atribuída ao dever jurídico de vigilância. Para a doutrina majoritária, o citado dever tem de abarcar somente *delitos referentes à empresa*, isto é, o crime apurado deve possuir uma relação direta com a atividade realizada pela empresa ou com o papel desempenhado pelo funcionário-autor.<sup>148</sup> Utz, citado por Crespo, coaduna deste entendimento, na medida em que entende a aplicação do dever de garantidor do empresário somente em relação aos *delitos relacionados com a atividade empresarial*, exigindo o liame entre a *ação punível* e as *funções e fins da empresa*.<sup>149</sup>

A princípio, tais critérios satisfazem a situação em que ocorre a prática de extorsão pelo subordinado no exercício de sua função, na medida em que este constrange os clientes da empresa a fazer transferências bancárias para seu nome. Já no segundo exemplo, ao funcionário que comercializa vídeos de sexo explícito de criança ou adolescentes no local de trabalho não se aplicam os requisitos discorridos acima, uma vez que não há uma íntima relação com as funções do funcionário, tampouco com a atividade desenvolvida pela empresa.

Com vistas a evitar imprecisões técnicas e amplas zonas de discricionariedade judicial<sup>150</sup>, Grego e Assis propõem que o critério concernente às atividades exercidas pela empresa seja definido de forma mais precisa, bem como que “um dever dos superiores hierárquicos apenas existirá quando o delito tiver conexão com a atividade concreta, a política ou as normas de conduta da empresa”.<sup>151</sup>

---

<sup>146</sup> CRESPO. Definição da categoria..., p. 46.

<sup>147</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 113.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>149</sup> CRESPO. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>150</sup> Nesse ponto, Roxin destaca a importância de se ordenar o pensamento sistemático de forma transparente, uma vez que o emprego de conceitos demasiadamente abstratos pode acabar resultando na violação de diversas estruturas e institutos jurídico-dogmáticos, gerando uma considerável insegurança jurídica. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general...*, p. 214.

<sup>151</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 115.

Oportuno clarificar que a aplicação dos referidos critérios feito restritivamente e olvidando-se das peculiaridades do caso concreto pode resultar em absolvições injustas, bem como alimentar a própria reiteração delitiva e, conseqüentemente, um círculo vicioso de impunidade em crimes praticados no interior de empresas, sobretudo nas relações entre empregados.

### 4.3. Análise da autoria e participação no delito omissivo impróprio

Em se tratando da análise acerca do concurso de pessoas nas situações supraindicadas, pode-se afirmar que em todas elas, o garante se omite e, por isso, dá causa à produção do resultado (art. 13, *caput*, do CP), motivo pelo qual também concorre para o cometimento do crime (art. 29, *caput*, CP).<sup>152</sup> Inobstante, com fundamento num modelo *restrito e diferenciador* de autor, assentada a posição do diretor/ gerente da empresa na condição de garantidor, é crucial elucidar se ele responderá na condição de autor ou de partícipe de determinado crime.

Nas situações de responsabilidade penal pelo produto, há que se reconhecer a autoria mediata, tendo em vista que os executores (autores imediatos), os quais realizam a venda de produtos nocivos e/ou perigosos, agem sem dolo, pois não possuem o conhecimento acerca da falha no produto.<sup>153</sup> Noutro giro, nos casos de crimes praticados dentro da empresa, bem como nas hipóteses em que o autor imediato atua de modo plenamente responsável, há ao menos três posicionamentos divergentes. Nas palavras de Greco e Assis:

[existe] uma clássica, segundo a qual o omitente é sempre partícipe em delito comissivo cometido por outrem; a opinião defendida pelos propositores da figura dos delitos de dever, segundo a qual o detentor do dever é sempre autor; e, por fim, uma postura que diferencia entre os deveres de proteção e os de vigilância, considerando haver autoria nos casos de violação dos primeiros e participação na violação dos segundos [...]<sup>154</sup>

Consoante evidenciado alhures, o Código Penal brasileiro adotou o sistema *unitário* e um conceito *extensivo* de autor, de modo que uma eventual transição para um modelo restritivo e diferenciador de autor – aplicável nos crimes comissivos a partir da teoria do domínio do fato – apresenta, de igual modo, uma tendência de limitação da punibilidade nos delitos omissivos, na medida em que altera agentes que no modelo tradicional do sistema unitário seriam considerados autores do crime para a posição de partícipes.

---

<sup>152</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 116.

<sup>153</sup> *Idem.*

<sup>154</sup> *Idem.*

#### 4.4. Resultados parciais

Diante do exposto acima, conclui-se que o gerente da empresa ocupa uma posição de garantidor em relação ao dever jurídico de vigilância dos produtos colocados pela empresa no mercado, bem como no que se relaciona aos funcionários da empresa, ou seja, àqueles que trabalham dentro da empresa e estão subordinados aos superiores hierárquicos.<sup>155</sup>

Nesse sentido, malgrado a teoria do domínio do fato tente responsabilizar dirigentes de empresas valendo-se de um sistema diferenciador e restringindo o conceito de autor, tal imputação é possível pela aplicação do art. 13, §2º, do CP, a título de omissão imprópria.

### 5. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO CONCURSO ENTRE RESPONSABILIDADE PENAL OMISSIVA E COMISSIVA

Nos capítulos anteriores, este trabalho buscou examinar os modos de responsabilização de dirigentes de empresa tanto nas formas comissivas quanto nas omissivas em virtude de crimes praticados por seus funcionários. A rigor, o empresário será punido por participação (instigação), a título de comissão; e nos casos de omissão, na posição de garantidor, como autor. Nessa senda, convém ressaltar a possibilidade de, num caso concreto, haver simultaneamente os pressupostos essenciais para a imputação na forma comissiva e omissiva.<sup>156</sup>

Elucidando tal hipótese, tem-se a situação em que um gerente emite uma ordem para seu funcionário praticar um crime – o que implicará possivelmente em sua responsabilidade comissiva como instigador -, e, ao mesmo tempo, tenha o dever jurídico e a possibilidade de impedir a prática do crime – fazendo com que seja possível sua responsabilização como autor de um crime omissivo. A fim de solucionar o concurso aparente entre normas, sugere-se a *aplicação da norma mais grave*.<sup>157</sup>

Ademais, considerando-se as disposições penais brasileiras, é de se frisar que inexistem diferenciações para as várias modalidades de participação, havendo previsão de diminuição de pena no caso de *participações de menor importância* (art. 29, §1º, do CP)<sup>158</sup>. Sendo assim, nas

---

<sup>155</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 116.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>158</sup> Calha enfatizar que a *participação de menor importância* não diz respeito à participação em sentido estrito, a qual compreende a instigação e a cumplicidade. Nesse sentido, sob uma perspectiva restritiva, nada obsta que o autor pratique comportamentos de importância reduzida e que, de outro lado, o partícipe realize condutas indispensáveis. Cf. GRECO; TEIXEIRA. *Autoria como realização do tipo...*, p. 70.



situações em que um superior hierárquico dê um comando para que seu subordinado pratique determinado crime, em tese, não se adequa a tal previsão.<sup>159</sup> Ainda, a norma penal que prevê acerca da omissão imprópria (art. 13, §2º, do CP) também não dispõe sobre a redução de pena no caso de participação, de modo que, em que pese tratar-se de simples participação, a punição pelo crime na variante comissiva seria mais adequada ao caso.<sup>160</sup>

Por outro lado, existem autores que discorrem sobre a possibilidade de se admitir uma participação de menor importância do garantidor-omitente excepcionalmente, consistente no uso da *valoração da importância da omissão*, aplicável em situações em que a omissão do detentor de *deveres de garantia* não é correspondente à *ação típica*; todavia, possui alguma importância causal, na medida em que incrementa o risco do resultado típico.<sup>161</sup>

Rebouças rechaça a utilização do critério de aumento do risco, uma vez que, para fins de imputação penal na modalidade omissiva imprópria, a omissão do garante deve ser *normativamente equiparável à ação típica*, ou, de fato, não existe tal equivalência e, em consequência, não há falar-se em *responsabilidade pelo resultado típico*. É necessário, assim, estar configurada a causalidade hipotética, demonstrada no vínculo de que a conduta esperada do titular do dever jurídico seria capaz de evitar o resultado, o que caracterizaria a equivalência normativa.<sup>162</sup>

Sem dúvidas, a aplicação de um modelo *diferenciador* possui a capacidade de restringir a punibilidade, na medida em que distingue a figura do autor e do partícipe e rechaça a noção de que a concorrência para determinado crime – previsto no art. 29, *caput*, do CP - seja suficiente para praticar o tipo penal.<sup>163</sup> Dessarte, resta evidenciado que o discurso segundo o qual a teoria do domínio do fato possibilita a punição dos chamados “homens de trás” constitui-se, na verdade, um engodo, haja vista que a compreensão restritiva derivada da ideia de domínio do fato, ao diferenciar autores e partícipes, propondo um sistema diferenciador, somente encontra aplicação nas situações de *coautoria alternativa*, presente em decisões tomadas por órgãos colegiados com votos sobejantes.

---

<sup>159</sup> GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 121.

<sup>160</sup> *Idem*.

<sup>161</sup> REBOUÇAS. *Omissão imprópria do empresário...*, p. 67.

<sup>162</sup> *Idem*.

<sup>163</sup> GRECO; ASSIS. *Op. cit.*, p. 121.

## 6. CONCLUSÃO

Examinar os aspectos relativos à imputação de responsabilidade penal de superiores hierárquicos em estruturas empresariais, definitivamente, não é uma tarefa para amadores. Inobstante, este trabalho teve por objetivo apresentar soluções jurídicas para as dificuldades existentes no tocante à imputação penal de dirigentes, tanto os que atuam individualmente como em órgãos colegiados.

À vista disso, revisitando os fundamentos sob os quais se ergueram os pressupostos da teoria do domínio do fato e suas subdivisões, demonstrou-se ao longo desta pesquisa a desnecessidade de sua aplicação no direito doméstico, tendo em vista que o próprio Código Penal brasileiro, em sua concepção tradicional, possui a técnica jurídica adequada à resolução desses casos de autoria comissiva, pela regra do concurso de pessoas positivada no art. 29, *caput*, c/c art. 13, *caput*, ambos do mesmo códex.

Ressalva-se, contudo, a hipótese de aplicação da coautoria alternativa no processo de tomada de decisões de órgãos colegiados, marcados pela horizontalidade estrutural, nas situações em que a quantidade de votos ultrapasse ao necessário para uma decisão conjunta de praticar um delito, tendo por consequência a recíproca imputação de todos os agentes envolvidos.

Obliquamente, este estudo também demonstrou a atecnia existente na importação acrítica e pouco criteriosa de uma teoria estrangeira, tal como a do domínio do fato, sem considerar as particularidades do ordenamento jurídico pátrio. No caso da referida teoria, conforme demonstrado alhures, existe uma razão de ser para sua aplicação no direito penal alemão, visando à resolução de imbróglis jurídico-penais consistentes na diferenciação entre autor e partícipe.

Noutra análise, a título de responsabilização na forma omissiva imprópria, concluiu-se que o mero fato de o agente ocupar uma posição dentro de uma sociedade empresarial não implica necessariamente na existência de um especial dever jurídico de evitar a produção de um resultado. Nesse sentido, é crucial, num primeiro momento, analisar se estão preenchidos os requisitos necessários para a caracterização de imputação imprópria no caso concreto. Para além dos pressupostos formais, deve-se explorar o aspecto material sob o qual se baseia a posição de garantidor e, por lógica decorrência, a (in)existência de um dever jurídico de agir numa determinada situação com o intuito de evitar a produção de um resultado.

Dessarte, a partir de uma perspectiva *ex ante*, isto é, antes da própria ocorrência do resultado, é fundamental investigar se num determinado caso o agente assumiu a posição de garantidor primário, consistente num dever de vigilância direta sobre a fonte de perigo, ou a condição de garantidor secundário, consubstanciado em deveres de controle, supervisão e/ou coordenação sobre produtos ou funcionários, sendo certo que a delegação de competências, por ser inerente à atividade empresarial, não possui, por si só, o condão de afastar a responsabilização do omitente.

## REFERÊNCIAS

- BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo O. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553608171. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608171/>. Acesso em: 10 dez. 2021.
- BITENCOURT, Cezar. R. *Tratado de Direito Penal I - Parte Geral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555590333. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590333/>. Acesso em: 17 dez. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 05 dez. 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 10 dez. 2021.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal - parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. Definição da categoria "responsabilidade penal do superior pela não evitação de crimes cometidos por subordinados" a partir dos seus próprios limites? *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 41-58, out./dez. 2019. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=155231](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=155231). Acesso em: 07 nov. 2021.
- ESTELITTA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral, Tomo I: questões fundamentais e a doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007.
- FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 94, pp. 417-458. São Paulo: 2012.
- \_\_\_\_\_. Crimes de colarinho branco, seletividade sistêmica e modelo sancionatório à luz da análise econômica do direito penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 12, n. 52, pp. 187-214. Porto Alegre, 2014.
- \_\_\_\_\_. Direito penal secundário, inflação legislativa e white-collar crimes. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 87, pp. 298-343. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. *In: Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *In: Autoria como domínio do fato: estudos*

*introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no Direito Penal brasileiro. *In: Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. *In: Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) autoría o participación. *In: Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 59-61, 2017. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=151304](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151304). Acesso em: 15 nov. 2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. *Orientações para elaboração de trabalhos científicos*: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 2.ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2016. Disponível em: <[www.pucminas.br/biblioteca](http://www.pucminas.br/biblioteca)>. Acesso em: 05 jan. 2022.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 45-86, mai. 2018. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=143403](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143403). Acesso em: 18 nov. 2021.

RIOS, Rodrigo Sánchez; CASTRO, Rafael Guedes de. A responsabilização criminal individual em estruturas empresariais complexas: uma análise aplicada. *In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 12, n. 69, p. 70-100, dez./jan. 2016. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=128834](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128834). Acesso em: 30 out. 2021.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. Traducción por Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 7ª ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal: parte general*. Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal 2ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SUTHERLAND, Edwin H. Crimes de colarinho branco. Tradução de Rani Borges Barboza. *Sociabilidades Urbanas – Revista de Antropologia e Sociologia*, v.3, n.8, p. 79-88, julho de 2019. ISSN 2526-4702.